



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

JULIANO GONÇALVES DA SILVA

**O ACESSO À JUSTIÇA DOS POVOS INDÍGENAS A
PARTIR DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA
SOB A PERSPECTIVA DO “MULTICULTURALISMO
EMANCIPATÓRIO”**

Florianópolis

2017

JULIANO GONÇALVES DA SILVA

**O ACESSO À JUSTIÇA DOS POVOS INDÍGENAS A
PARTIR DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA
SOB A PERSPECTIVA DO “MULTICULTURALISMO
EMANCIPATÓRIO”**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Teoria, História e Filosofia do Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Thais Luzia Colaço

Coorientadora: Profa. Dra. Eliane Cristina Pinto Moreira

Florianópolis

2017

**Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da
Biblioteca Universitária da UFSC.**

Silva, Juliano Gonçalves da
O acesso à justiça dos povos indígenas a partir
da atuação da Defensoria Pública sob a
perspectiva do "multiculturalismo
emancipatório" / Juliano Gonçalves da Silva;
orientador, Thais Luzia Colaço; coorientador,
Eliane Cristina Pinto Moreira. - Florianópolis,
SC, 2017. 205 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal
de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em
Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Acesso à justiça. 3. Defensoria
Pública. 4. Direitos indígenas.
5. Multiculturalismo emancipatório. Colaço,
Thais Luzia. II. Moreira, Eliane Cristina
Pinto. III. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-graduação em Direito.
IV. Título.

JULIANO GONÇALVES DA SILVA

**O ACESSO À JUSTIÇA DOS POVOS INDÍGENAS A PARTIR DA
ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA
DO “MULTICULTURALISMO EMANCIPATÓRIO”**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de “Mestre em Direito” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis (SC), 02 de março de 2017.

Prof. Arno Dal Ri Junior, Dr.
Coordenador do Curso

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Thais Luzia Colaço, Dra.
Orientadora
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Antônio Carlos Wolkmer, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. João Mitia Antunha, Dr.
FUNAI

Profa. Maria de Fatima Schumacher Wolkmer, Dra.
Universidade do Extremo Sul Catarinense

Ao meu pai, Hélio Pereira da Silva.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos especiais à Defensoria Pública de Santa Catarina e aos amigos nela realizados, que me oportunizam diariamente uma aprendizagem sobre as dificuldades, as resistências e as resiliências no exercício do direito de defesa.

Aos servidores do PPGD/UFSC, aos professores, colegas e amigos do curso de Mestrado, pela convivência e troca de ideias.

Aos membros da banca de qualificação do Projeto de Dissertação, Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer e Profa. Dra. Eliane Cristina Pinto Moreira, pelas críticas construtivas que levaram à definição do percurso a ser trilhado por esta dissertação, inclusive, esta última, pela coorientação, retorno e excelentes sugestões ao trabalho desenvolvido.

À Profa. Dra. Thais Luzia Colaço, minha gratidão pela oportunidade e aprendizagem, além da acessibilidade e respeito com que trata todos os orientandos, concedendo-me a alegria de ser seu último mestrando no PPGD/UFSC.

Ao meu pai, Hélio, a minha mãe, Maria, e meus irmãos, Fabrício e Gabriela, e demais familiares, que mesmo distante geograficamente, sempre incentivaram os meus estudos e trabalho.

Ao Eduardo, pela carinho e paciência ao longo do período de aulas e de escrita.

*“Achei o último
Igarapé no
fundo do meu
coração... e nele
lavei minha
alma”
(Simone
Sapienza Siss)*

RESUMO

A Defensoria Pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional, foi desenvolvida como instituição a partir da implementação da assistência judiciária no Brasil, culminando com expressa previsão constitucional em 1988 e a com redefinição de suas funções institucionais e de seu papel no sistema de justiça brasileiro. Por outro lado, os direitos positivados dos povos indígenas, nacional e internacionalmente, também passaram por um processo de luta destes povos na garantia dos direitos e também tiveram previsão especial com o constituinte originário em 1988, reconhecendo-lhes a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, além de contar com as Convenções da OIT, que avançaram ainda mais na garantia destes direitos, especialmente a Convenção n. 169. A pesquisa analisa a possibilidade de atuação da Defensoria Pública na garantia e defesa dos direitos dos povos indígenas, utilizando-se para isso cinco teses do multiculturalismo emancipatório propostas por Boaventura de Sousa Santo e João Arriscado Nunes. Assim, o presente trabalho parte das principais referências teóricas sobre a conceituação do acesso à justiça (Documento 319 do Banco Mundial, Projeto Florença e Sociologia dos Tribunais), detalha os instrumentos jurídico-normativos nacionais e internacionais sobre a temática indígena. Apresenta-se igualmente os modelos de assistência judiciária e a opção político-constitucional brasileira em adotar a Defensoria Pública como modelo de assistência jurídica gratuita no âmbito dos Estados, Distrito Federal, União e territórios. Objetiva-se com este trabalho apontar a possibilidade de atuação da Defensoria Pública, especialmente com fundamento na vulnerabilidade em que se encontram os povos indígenas e também nas funções institucionais da educação em direitos, tutela coletiva, promoção da difusão e conscientização dos direitos humanos e a representação nos sistemas internacionais de proteção destes direitos.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direitos Indígenas. Defensoria Pública.

RESUMEN

La Defensoría del Pueblo, institución permanente y esencial para la función jurisdiccional, ha sido desarrollada como institución a partir de la implementación de la asistencia jurídica en Brasil, culminando con la expresa disposición constitucional en 1988 y con la redefinición de sus funciones institucionales y de su rol en el sistema brasileño de justicia. Por otro lado, los derechos positivados de los pueblos indígenas, nacional e internacionalmente, también pasaron por un proceso de lucha de estos pueblos para garantizar los derechos y también han tenido disposición especial con el constituyente originario en 1988, reconociéndoles la organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, además de contar con las Convenciones de la OIT, que han progresado más aún en la garantía de estos derechos especialmente la Convención n° 169. El objetivo de la investigación es evaluar la posibilidad de actuación de la Defensoría del Pueblo para la garantía y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, utilizando, para ello, cinco tesis del multiculturalismo emancipatorio propuestas por Boaventura de Sousa Santos y João Arriscado Nunes. De este modo, el presente trabajo parte de las principales referencias teóricas acerca de la conceptualización del acceso a la justicia (Documento 319 del Banco Mundial, Proyecto Florencia y Sociología de las Cortes) y detalla los instrumentos jurídico-normativos brasileños y de otros países acerca de la temática indígena. Asimismo, se presentan los modelos de asistencia jurídica y la opción político-constitucional brasileña en adoptar la Defensoría del Pueblo como modelo de asistencia jurídica gratuita en ámbitos de los Estados, Distrito Federal, Representante Legal del Gobierno Federal y territorios. Por lo tanto, este trabajo tiene el propósito de indicar la posibilidad de actuación de la Defensoría del Pueblo, especialmente con fundamento en la vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas y también en las funciones institucionales de la educación en derechos, tutela colectiva, promoción de la difusión y concienciación de los derechos humanos y la representación en los sistemas internacionales de protección de estos derechos.

Palabras clave: Acceso a la justicia. Derechos indígenas.
Defensoría

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia Geral da União

AIDEF – Associação Interamericana de Defensorias Públicas

Art. – Artigo

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DPI – Defensor Público Interamericano

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

LC – Lei Complementar

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

Séc. –Século

SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos

SPI – Serviço de Proteção ao Índio

SPILTN – Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores

STF – Supremo Tribunal Federal

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 ACESSO À JUSTIÇA: DA PERSPECTIVA LIBERAL AO “MULTICULTURALISMO EMANCIPATÓRIO”	25
1.1 CONCEPÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA: CONCEITOS BÁSICOS E O DOCUMENTO N. 319 DO BANCO MUNDIAL.....	25
1.2 CONCEPÇÃO DO PROJETO FLORENÇA E DA SOCIOLOGIA DOS TRIBUNAIS	39
1.3 ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÓTICA DO “MULTICULTURALISMO EMANCIPATÓRIO”	61
2. DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: REGISTROS HISTÓRICO-NORMATIVOS E SITUAÇÃO ATUAL	76
2.1 ARCABOUÇO JURÍDICO-NORMATIVO BRASILEIRO E O DECLÍNIO DA POLÍTICA INDIGENISTA INTEGRACIONISTA OU ASSIMILACIONISTA.....	76
2.2 ARCABOUÇO JURÍDICO-NORMATIVO INTERNACIONAL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA DEFESA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS	96
2.3 A VULNERABILIDADE DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL	112
3. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA GARANTIA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.....	130
3.1 MODELOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA	130
3.2 A DEFENSORIA PÚBLICA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO BRASIL	144
3.3 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS	162
CONCLUSÃO	183
REFERÊNCIAS.....	188

INTRODUÇÃO

O estudo da temática envolvendo o acesso à justiça e os povos indígenas é extremamente relevante em um Estado pluriétnico, que se denomina democrático e de direito e, ainda, reconhece a organização social, os costumes, as línguas, as crenças, as tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente são ocupadas pelos povos indígenas.

No regime democrático de direito, a proteção adequada aos direitos humanos e aos grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade (social, cultural, econômica ou organizacional), dentre os quais os povos indígenas, conta com instituições autônomas e órgãos na defesa dos seus direitos e interesses e, neste trabalho, o enfoque será voltado à atuação da Defensoria Pública.

A situação fática em que se encontram estas comunidades indígenas, por vezes de vulnerabilidade econômica e também social, cultural e organizacional, como se analisará nesta dissertação, exige uma atuação efetiva no campo da assistência jurídica integral e na promoção dos direitos humanos, efetivando-se as garantias previstas nos instrumentos jurídicos normativos nacionais e internacionais.

A atualidade das violações e incompreensões dos direitos indígenas, quando se observa a utilização de mecanismos jurídicos tendentes a abortá-los, como adiante se verá (propostas de súmulas vinculantes – ex. n.49, proposta de emenda constitucional – ex. n. 215/00, portarias do executivo – ex. n. 303/12), indica a importância de se estudar a garantia do acesso à justiça com objetivo de se atuar para implementar e evitar os retrocessos dos direitos estabelecidos.

Até o momento não há registro de publicação acadêmica que relacione diretamente a atuação da Defensoria Pública à defesa dos direitos indígenas, revestindo-se este tema de originalidade e de novo enfoque constitucional dado à instituição nos últimos anos após a promulgação da Constituição de 1988.

A atuação institucional, mais do que uma previsão dogmática e positivista das normas jurídicas, decorre dos atores envolvidos e da atenção às demandas sociais, a partir, também, dos estudos desenvolvidos no âmbito teórico e da academia, que

respaldam a atuação prática e, em razão disso, representam um primeiro passo de implementação de direitos.

Por outro lado, há de se destacar a relevância social de se discutir a garantia dos direitos indígenas, a partir de uma política pública de assistência jurídica gratuita e integral, que não se encaminhe apenas para o provimento do clássico processo judicial individual do século XIX.

O interesse do subscritor desta dissertação em relação ao tema decorre da atuação profissional nos quadros da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, sendo da primeira turma desta instituição, e de ser observador do desenho que se tem dado ao perfil da instituição, que transcende à simples atuação em favor daquele que não tem condições de arcar com os honorários advocatícios e as custas do processo.

Esta dissertação analisará a possibilidade de atuação da Defensoria Pública em prol dos povos indígenas e na afirmação de seus direitos positivados internamente e também no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da Organização das Nações Unidas (ONU), além da atuação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

O problema central é saber se a Defensoria Pública pode atuar juridicamente, judicialmente ou extrajudicialmente, na garantia do acesso à justiça dos povos indígenas por meio da tutela individual e coletiva dos direitos, que partirá da hipótese da concepção de uma instituição com novo perfil constitucional, que ampara as pessoas em condição de vulnerabilidade e é responsável pela promoção dos direitos humanos.

Portanto, o objetivo geral desta dissertação é verificar a possibilidade jurídica de atuação da Defensoria Pública, como um todo (ramos estadual e federal) na defesa e promoção dos direitos dos povos indígenas, partindo-se dos objetivos específicos estabelecidos, quais sejam: explicar os aspectos conceituais e os principais projetos teóricos desenvolvidos em relação ao tema acesso à justiça, subsumindo-o, como proposta de atuação, a uma perspectiva do multiculturalismo emancipatório apresentado por Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes; traçar e demonstrar o desenvolvimento da positivação dos direitos indígenas no âmbito nacional e internacional, observando-se a vulnerabilidade dos povos indígenas e dos direitos até então estabelecidos; e, ainda, discutir e comprovar a possibilidade da atuação da Defensoria Pública, a partir da análise de seu novo

perfil constitucional e do desenvolvimento da assistência judiciária no Brasil.

A propósito da metodologia, adotar-se-á como método procedimental o monográfico, como método de abordagem o indutivo e a técnica de pesquisa será bibliográfica e documental, apesar da existência ao longo do texto de alguns registros históricos e comparativos.

O capítulo inaugural, dos três elaborados, abordará a questão do acesso à justiça e suas principais acepções, além de apontar as referências teóricas e políticas que lhe dá substrato, quais sejam: o Projeto Florença, o Documento n. 319 do Banco Mundial e a Sociologia dos Tribunais.

Neste capítulo, será analisado também o multiculturalismo emancipatório presente na obra de Boaventura Sousa Santos e as teses apresentadas com fulcro a estabelecer elementos para uma atuação da Defensoria Pública a partir de um acesso à justiça emancipatório.

Os direitos dos povos indígenas, no âmbito nacional e internacional, serão analisados no segundo capítulo, apresentando-se, desde o período colonial, os principais registros histórico-normativos, sem, contudo, configurar-se numa pesquisa histórica, e também o atual arcabouço jurídico-normativo que garantem os direitos destes povos, os principais instrumentos jurídicos internacionais e as previsões brasileiras constitucionais e infralegais que tratam a matéria.

O segundo capítulo apontará a trajetória dos direitos dos povos indígenas produzidos/garantidos pelo Estado brasileiro e pelas organizações internacionais sob a regência do direito internacional dos direitos humanos, mas sem descuidar de uma análise fática da vulnerabilidade que se encontram os povos indígenas na atualidade, especialmente no que se refere ao risco de redução e/ou eliminação dos direitos consagrados. Advertir-se-á na introdução do capítulo que não se abordará o direito internamente regente dos povos indígenas, dada a delimitação da pesquisa, sem, contudo, olvidá-los para fins de se pensar o acesso à justiça.

O terceiro capítulo, por fim, dedicar-se-á igualmente a registrar o histórico do desenvolvimento da assistência judiciária e jurídica no Brasil, descortinando-se na implementação da Defensoria Pública e na construção de seu novo perfil constitucional. Todas as constituições do Brasil e principais leis

pertinentes ao tema serão analisadas no que toca à assistência judiciária e jurídica e à Defensoria Pública.

Ao analisar o novo perfil institucional da Defensoria Pública, serão apontadas as funções institucionais que poderão ensejar uma possível atuação do órgão na defesa e garantia dos direitos dos povos indígenas no âmbito interno de jurisdição e no sistema internacional regional interamericano de proteção aos direitos humanos.

Por fim, apresentar-se-á a conclusão do trabalho desenvolvido, relacionando as principais considerações extraídas ao longo do texto e também apontando a possibilidade ou não de atuação da Defensoria Pública, inclusive com qual fundamento jurídico.

1 ACESSO À JUSTIÇA: DA PERSPECTIVA LIBERAL AO “MULTICULTURALISMO EMANCIPATÓRIO”

1.1 Concepção de acesso à justiça: conceitos básicos e o Documento n. 319 do Banco Mundial

Impende registrar inicialmente, até mesmo para se dimensionar a complexidade do tema, que o conceito de “acesso à justiça” não comporta uma única significação teórica nem se insere apenas dentro de um único movimento político e ideológico ou dentro de um único entendimento de modelo Estado e de direito.

Como expressão chave das principais discussões jurídicas em torno da resolução de conflitos, é que se faz necessário um breve delineamento para recapitular os principais significados ligados ao tema “acesso à justiça” e confrontá-los com o “multiculturalismo emancipatório” no sentido de se questionar sobre a viabilidade de um acesso à justiça emancipatório na garantia dos direitos indígenas.

Assim, nesta dissertação serão apresentadas e confrontadas principalmente três propostas (projetos) que pretendem viabilizar o acesso à justiça – do Banco Mundial, do Projeto Florença e da Sociologia dos Tribunais, para dialogar com o “multiculturalismo emancipatório” desenvolvido nos estudos de Boaventura de Souza Santos e João Arriscado Nunes, sempre dando um enfoque à implementação dos direitos indígenas.

A constatação da dinamicidade semântica da expressão “acesso à justiça” se dá, inclusive, no tempo, sendo que Mancuso (2015) aponta o último quartel do século passado como um momento central de absorção de novas compreensões sobre o tema, e escreve que:

[...] tal vernáculo é aderente a uma certa realidade sociopolítico-econômico-cultural (e não apenas a um dado contexto judiciário), por modo que o sentido de tal acesso à justiça foi sofrendo alterações em sua extensão-compreensão, em função de múltiplos fatores, inclusive o crescimento populacional, as novas tendências socioculturais, as alterações nos valores e nos interesses predominantes ao interno da coletividade,

num certo espaço-tempo (MANCUSO, 2015, p. 37).

Para Robles (2011), desde o século XVIII até XX, quando entra em crise o conceito de igualdade forjado no século XIX, o “acesso à justiça” é abordado sob uma ótica inserida na análise da estrutura estatal, de forma que “[...] *los problemas del acceso a la justicia se han visto traducidos en obstáculos de acceso a la organización formal-oficial, esto es, el Estado en sus distintas manifestaciones: Poder Político, Poder Judicial, Tribunales, etcétera*” (ROBLES, 2011, p. 58).

Daí o Projeto Florença, desenvolvido e divulgado a partir da década de 60 do séc. XX, marcar a compreensão da expressão “acesso à justiça” e servir também de referência teórica para o Documento 319 do Banco Mundial¹ (DAKOLIAS, 1997, p. 9), já que se debaterá o acesso formal à justiça.

Abreu (2004, p.40), diante da vagueza do termo, sintetiza como a doutrina tem analisado a expressão acesso à justiça, a partir de uma ótica institucionalista e axiológica, sendo a primeira responsável por identificar o sentido e conteúdo do significante “justiça” com o Poder Judiciário e, a segunda, mais ampla e

¹ A responsável pela elaboração do documento é Maria Dakolias, especialista no Setor Judiciário da Divisão do Setor Privado e Público de Modernização. Na apresentação do Documento, de redação do Diretor do Departamento Técnico SriRam Aieyr, o Banco Mundial pretende se eximir da responsabilidade do Documento nos seguintes termos: “As interpretações e conclusões expressadas neste documento são de inteira responsabilidade dos autores e não devem de nenhuma forma serem atribuídas ao Banco Mundial, as suas organizações afiliadas ou aos membros de seu quadro de Diretores Executivos ou aos países que eles representam. O Banco Mundial não garante a exatidão dos dados incluídos nesta publicação e não se responsabiliza de nenhuma forma pelas consequências de seu uso. As fronteiras, cores, denominações e outras informações contidas nos mapas apresentados neste volume não implicam por parte do Banco Mundial qualquer julgamento acerca do status legal dos territórios ou aceitação dessas fronteiras” (DAKOLIAS, 1997, p. 4). No entanto, nos parágrafos seguintes deixa claro o propósito: “Esperamos que o presente trabalho auxilie governos, pesquisadores, meio jurídico o staff do Banco Mundial no desenvolvimento de futuros programas de reforma do judiciário” (DAKOLIAS, 1997, p. 4).

abrangendo a primeiro, como acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais.

Apesar de estabelecer uma conexão entre o “acesso à justiça” e o “acesso ao direito”, Marin e Santos (2001) discorrem de forma separada sobre as expressões e, ao analisar, o “acesso ao direito” indicam sua previsão no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)², na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)³ e também na primeira (datada de 1982) Revisão Constitucional da República Portuguesa de 1976⁴, concluindo pela ausência de texto normativo expresso no Brasil com referência à expressão “acesso à direito”.

Sobre a natureza jurídica do acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988) indicam o reconhecimento nas sociedades modernas como um direito social básico e, atualmente, há também quem o conceba como “[...] direito fundamental de todo cidadão, sem o qual os demais direitos não possuem garantia de eficácia [...]” e, a partir de referências processualistas, designa como “[...] acesso à ordem jurídica e como eficácia do processo [...]” (MARIN; SANTOS, 2001, p.18-19).

Para Mancuso (2015, p.37), a questão possui atualmente contornos mais específicos, transcendendo a visão tradicional que limita o acesso à justiça ao Poder Judiciário, ganhando *status* mais elevado e de maior alcance, para entendê-lo como um direito fundamental inserido num Estado de Direito, em que os meios de acesso e resolução sejam eficientes, justos, tecnicamente consistentes e processados em um tempo razoável.

² “*Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements [...]*”. Acesso em 12.12.2016: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

³ “[...] o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade [...]”. Acesso em 12.12.2016: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

⁴ “Art. 20, n. 1 – Todos têm direito à informação e proteção jurídica, nos termos da lei”. Acesso em 12.12.2016: <https://dre.pt/application/file/375320>

Cappelletti e Garth (1988) apontam a dificuldade de se definir a expressão “acesso à justiça”, mas destacam duas finalidades básicas no sistema jurídico, as quais remetem à forma como deve ser acessível e quanto aos resultados que devem ser produzidos: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.8). Os autores destacam, portanto, a igualdade como forma de acesso e que os resultados sejam justos.

Neste delineamento conceitual, o primeiro questionamento já se apresenta no sentido de se saber se estas finalidades bastam quando se trata de comunidades indígenas e quando se admite a possibilidade de pluralidade de sistema jurídicos. Ou seja, de que adianta a igualdade se não há reconhecimento/identificação entre os sistemas jurídicos e os aspectos culturais dos resultados que se pretende?

O Projeto Florença é um marco na formação da concepção do que se entende atualmente por acesso à justiça, não se duvidando nem deixando de reconhecer este referencial. No entanto, não se pode olvidar outras compreensões, como ocorre, por exemplo, os estudos desenvolvidos no âmbito do Banco Mundial na década de 1990, tendo como principal referência no que se fere ao tema acesso à justiça, as recomendações de reformas do Judiciário sugeridas pelo Banco Mundial à América Latina e Caribe, consolidadas no Documento 319⁵, do qual se passa a escrever.

O Banco Mundial é uma organização internacional, de cunho financeiro, concebida em 1944 pela Conferência de *Bretton Woods* com fulcro a colaborar financeiramente com a reconstrução dos países devastados pela segunda guerra mundial. Atualmente, direciona esta colaboração no desenvolvimento dos países da América Latina, África e Ásia.

Há de se esclarecer, portanto, a relação das atribuições do Banco Mundial com a temática do acesso à justiça, nos seguintes termos:

⁵ O documento original pode ser acessado no seguinte link: <http://documents.worldbank.org/curated/en/287401468223754118/EI-sector-judicial-en-America-Latina-y-el-Caribe-elementos-de-reforma>. A tradução para o português de Sandro Eduardo Sardá pode ser acessada no link: <http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>

O Banco Mundial, organização internacional que é, trabalha no plano internacional a partir de metas e diagnósticos nos mais diversos campos, a fim de promover empréstimos financeiros, reformas, aprimoramentos e campanhas em diferentes países. A ideia de um acesso à justiça relacionado a tal organismo internacional é no sentido de que existem esforços, diagnósticos, pesquisas e reformas que versam sobre o setor judiciário, e que em tais existe uma interpretação sobre como se dá o acesso à justiça, em função de um aprimoramento dos setores judiciários. Não se trata, portanto, de afirmar que o Banco Mundial trabalha diretamente com a questão do acesso ou que o mesmo possui documentos e relatórios específicos sobre o tema, mas sim que é possível apreender uma concepção de acesso a partir de seus esforços. Não é, pois, um tema central, mas sim acessório de um diagnóstico mais geral de sociedade (PORTO, 2014, p. 383).

Destaca-se ainda que as funções desempenhadas pelo Banco Mundial, o aparato institucional e a sua própria designação alteraram-se no curso dos anos de sua existência, nascendo como BIRD (Banco para a Reconstrução e o Desenvolvimento), em *Bretton Woods*, com a finalidade de reconstrução e desenvolvimentos dos Estados e de suas economias que sofreram prejuízos com a Segunda Guerra Mundial (PORTO, 2014, p. 386).

Nesta mudança de atuação e de proposta à qual foi concebido, o Banco Mundial deixa de atuar em favor da reconstrução de países destruídos no pós-guerra para supostamente pautar-se no desenvolvimento econômico de países denominados de emergentes e subdesenvolvidos como eixo de soluções para a pobreza.

Neste sentido, a mudança de enfoque do Banco Mundial ou BIRD ocorreu nesse mundo em transformação, passando a enfatizar não mais a reconstrução dos países destruídos (papel este que foi mais desenvolvido, na

verdade, pelo Plano Marshall), mas o desenvolvimento econômico. Mais especificamente, o desenvolvimento econômico dos países menos favorecidos e a luta contra a pobreza no mundo. Essa ideia liga-se a um tipo de interpretação sobre a forma como superar e lidar com a pobreza. Várias leituras, métodos ou soluções são sempre pensadas e esboçadas (tenha-se como exemplo as lições cepalinas ou da teoria da dependência, entre tantas outras), mas a praticada pelo Banco Mundial é aquela que toma o desenvolvimento econômico como alavanca para a superação da pobreza. Por desenvolvimento econômico, entenda-se especificamente a inserção da economia nacional no mercado globalizado, privatizando setores públicos, dissipando austeridade fiscal, liberalizando completamente o mercado e ajustando as instituições públicas ao modelo econômico vigente (PORTO, 2014, p.389).

No âmbito do Banco Mundial, a preocupação do Documento 319 traz à tona o propósito de manter os resultados do sistema de justiça inter-relacionados com a economia no âmbito da América Latina e Caribe, sem dar enfoque a outros continentes e países.

A ideia central do Documento 319 é que os serviços judiciais viabilizem ou não retardem as demandas econômicas e mercadológicas.

Com o objetivo de apoiar e incentivar o desenvolvimento sustentado e igualitário, os governos da América Latina e Caribe, estão engajados em desenvolver instituições que possam assegurar maior eficiência, autonomia funcional e qualidade nos serviços prestados. O Poder Judiciário é uma instituição pública e necessária que deve proporcionar resoluções de conflitos transparentes e igualitária aos cidadãos, aos agentes econômicos e ao estado. Não obstante, em muitos países da região, existe uma necessidade de reformas para aprimorar

a qualidade e eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos (DAKOLIAS, 1997, p. 7).

Há o registro no Documento 319 de que o Poder Judiciário tem se revelado, no atendimento das demandas do setor privado e da população em geral, “[...] incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade”. (DAKOLIAS, 1997, p. 10). Esta constatação não é inédita, com a seguir se evidenciará, sendo uma das críticas mais conhecidas que se dirige ao Poder Judiciário.

Por outro lado, o objetivo apontado pelo Projeto do Banco Mundial é a realização de reforma do judiciário, inserida num processo de “[...] redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade” (DAKOLIAS, 1997, p. 10).

Vale apontar que a conjugação dos sujeitos “setor privado” e “população em geral” não traduz numa necessária harmonia em suas relações e na convergência de interesses e direitos, sendo que, em muitos casos, não há sequer paridade na relação dos indivíduos – com diferentes qualificativos: empregado, consumidor, etc. – configurando-se numa violação de direitos fundamentais no contexto de relações privadas.

Desta forma, é importante esclarecer que a violação dos direitos, em especial dos direitos fundamentais, não ocorre apenas por parte do Estado contra os indivíduos, já que entre estes, com desníveis de poder, social, econômico ou cultural, também se constata violações.

No âmbito do Direito Constitucional, é reconhecida a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com especial significado para demonstrar que as violações aos direitos fundamentais não se originam apenas por parte do Estado, mas também por particulares que nas relações ocupam papel de violadores destes direitos.

Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem

sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos de eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais, encontrando o seu maior desenvolvimento no âmbito da doutrina e jurisprudência constitucional alemã da segunda metade do século XX, passando a atrair – embora mais recentemente – as atenções da doutrina europeia em geral, além de constituir um dos mais controversos temas da dogmática dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p.383).

O Documento 319 ao trazer as preocupações sobre acesso à justiça relaciona com uma consequência das propostas de reformulação do judiciário e não com uma análise dos obstáculos de acesso e com as especificidades de cada grupo vulnerável: “Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade na resolução de conflitos, ampliando o acesso à justiça e promovendo o desenvolvimento do setor privado” (DAKOLIAS, 1997, p. 19).

No que se refere à abordagem específica do acesso à justiça, o Documento 319 apresenta um “tópico” sobre o tema, dentro do “capítulo” das Reformas do Judiciário na América Latina e do Caribe, ao lado da independência do Judiciário, da administração do Judiciário, dos códigos do processo, do ensino jurídico e treinamento e dos conselhos profissionais de advogados. Os outros três “capítulos” apresentam a introdução, os objetivos da reforma do judiciário e a implementação de um programa de reforma do judiciário (política de recomendações).

O “tópico” sobre acesso à justiça divide-se em: 1) mecanismos alternativos de resolução de conflitos, 2) custos da litigância, 3) juizados de pequenas causas e 3) outras dificuldades de acesso ao Judiciário, não trabalhando como uma concepção nova, mantendo-se no senso comum do que já foi produzido em termos teóricos sobre o assunto (PORTO, 2014, p. 399).

No entanto, os propósitos e objetivos não se encontram delineados no “tópico” do acesso à justiça, tratando-se, aparentemente, de uma construção textual retórica, no sentido de

não abordar o real alcance do que se pretende, ou seja, o atendimento às necessidades do mercado e da economia:

Se, nos enfoques específicos, tal qual o do capítulo 4 (Acesso à justiça), o enfoque é mais rasteiro, técnico e aparentemente simples, salvo em relação a pequenos detalhes, no Prefácio e Introdução as ideias são colocadas com mais clareza e definem nitidamente os objetivos e pretensões teóricas e econômicas do Banco Mundial sobre a questão das reformas dos setores judiciários (PORTO, 2014, p.398).

Há claras diferenças e incompatibilidades entre a concepção do “acesso justiça” no Projeto Florença e na sociologia da justiça com o do Banco Mundial, conquanto este tenha aquele primeiro por referência teórica.

A proposta do Banco Mundial “[...] tem significado político e se apresenta sob o formato de recomendações, sugestões, numa atividade que, viu-se, é típica do mundo regido pela globalização e expansão dos mercados, a paranormatividade” (PORTO, 2014, p.403).

Já o Projeto Florença nasce como uma resposta à acepção restrita de justiça em seu sentido formal, como é adotado no Estado Liberal, a partir de conflitos que se apresentaram com a crise do Estado Social e tentaram ultrapassar essa noção limitada de se conceber a justiça (PORTO, 2014, p.402).

Apesar de o Banco Mundial, por meio do Documento 319, mencionar os obstáculos dos indígenas ao acesso à justiça, considerando as diferenças de linguagens, não avança⁶ em outras temáticas, como o pluralismo jurídico, por exemplo.

O acesso à justiça depende o adequado

⁶ No entanto, o Documento 319 reconhece as especificidades de países que se utilizam do direito consuetudinário: “Embora o Caribe esteja incluído neste documento, nem todos os problemas e recomendações serão relevantes para os países baseados no sistema do direito consuetudinário, uma vez que estes países apresentam uma série inquietações e preocupações específicos” (DAKOLIAS, 1997, p. 18).

funcionamento do sistema jurídico como um todo, mas alguns fatores específicos incluem os obstáculos psicológicos, acesso a informação e barreiras físicas, para que os indivíduos possam ter acesso aos serviços jurídicos, abrangendo, os gastos com as demandas e as instalações, bem como as diferenças de linguagem que podem ser encontradas entre populações indígenas, por exemplo (DAKOLIAS, 1997, p. 13).

As questões indígenas são abordadas novamente, sob uma perspectiva restritiva dos obstáculos no viés linguístico, de ausência de familiaridade com as instituições e despreparo destas no que se refere à tradução:

Ademais, deve ser assegurado tradutores as pessoas que não falam a língua oficial do país podendo corresponder a uma importante questão em países com uma grande população indígena. A população indígena pode se sentir intimidade não somente pela falta de familiaridade com o sistema jurídico governamental, mas também com a barreira da linguagem, criando assim impedimentos adicionais em relação a capacidade do magistrado de obter nas informações necessárias à prolação de uma sentença justa. No Equador, por exemplo, não é assegurado a população indígena acesso a tradutores. Deve ser assegurado as pessoas que não sabem ler e escrever, assistência adequada quando da utilização dos serviços judiciais, e o servidores devem ser treinados e instruídos para ajudar as pessoas em preparar e preencher a documentação oficial necessária (DAKOLIAS, 1997, p. 45).

A preocupação do Banco Mundial com a justiça, seus serviços e acesso circundam com espectro quase que exclusivo à esfera do desenvolvimento econômico, tanto que reconhece o enfoque do relatório à jurisdição civil, mas declara que não há autorização do Banco para “[...] desenvolver trabalhos na área de jurisdição penal, já que a intervenção nesta área não é

considerada como forma produtiva em alcançar os seus objetivos, isto é, gerar o desenvolvimento econômico” (DAKOLIAS, 1997, p. 18).

No entanto, não há como se decantar, no que se refere à justiça e seu acesso, os aspectos penais das reformas judiciais propostas, mesmo porque nem sempre a eficiência e celeridade de um processo judicial coadunam-se com a garantia dos direitos fundamentais.

Esta dificuldade não reside apenas nas questões que envolvam aspectos penais, mas também, por exemplo, nas demandas ambientais em que se há possibilidade de afetação e prejuízos aos indígenas e suas comunidades, aos quais deve-se reconhecer o direito de consulta dos povos indígenas.

Além disso, o relatório do Banco Mundial, com enfoque no tempo excessivo de duração do processo e no descrédito da população em geral em relação ao Poder Judiciário, visa apresentar reformas específicas deste setor, com intuito de trazer mais segurança e eficiência à economia (DAKOLIAS, 1997, p. 19).

No âmbito da reforma do Judiciário, Melo Filho (2003) apresenta crítica contundente sobre a real intenção do Banco Mundial na implementação das reformas do Judiciário na América Latina:

O que a agência financeira internacional pretende, na realidade, é redesenhar as estruturas dos Poderes Judiciários da América Latina, a partir das premissas neoliberais, com o fito de adequá-las à prevalência do mercado sobre qualquer outro valor. Aspira-se a um Poder Judiciário eficaz e funcional como elemento relevante ao desenvolvimento econômico, para, de forma previsível, garantir os direitos individuais e a propriedade. Em uma palavra: o intuito da reforma é promover o desenvolvimento econômico (MELO FILHO, 2003, p. 80).

Melo Filho (2003) adverte ainda os reflexos deste Projeto apresentado pelo Banco Mundial, sob a perspectiva de violação da independência do Poder Judiciário e de interferência direta na atividade judicante dos juízes:

O processo de reforma da estrutura do Poder Judiciário nos países da América Latina, entre eles o Brasil, decorre de imposição dos organismos financeiros internacionais a estas soberanias endividadas. Prova eloquente disso é o tantas vezes mencionado Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial, que prescreve uma espécie de receita para a modificação, calcada em três premissas básicas: controle externo do Poder Judiciário, adoção de mecanismos alternativos para resolução de conflitos e verticalização pela prevalência da jurisprudência dos órgãos de cúpula. O objetivo é evidente: reduzir a órbita de ação do Poder Judiciário, especialmente da base da magistratura, assegurando-se a previsibilidade jurídica tão cara ao capital especulativo internacional. Em países como a Argentina, a Bolívia e a Venezuela, tais propósitos foram plenamente alcançados, chegando-se ao extremo de se atribuir ao Ministério da Justiça o controle da magistratura. No Brasil, os objetivos foram alcançados em parte, especialmente no que concerne à verticalização do Poder. Com efeito, aos poucos e sorrateiramente, o Poder Político promoveu alterações que atribuíram ao Supremo Tribunal Federal o balizamento jurisprudencial compulsório (MELO FILHO, 2003, p. 84).

Santos (2009), ao analisar o discurso contido no Documento 319, destaca a preocupação do Banco Mundial com o Poder Judiciário, com intuito de implementar um exercício jurisdicional que seja instrumental ao andamento da economia e do mercado:

Ao longo da introdução do documento WTP 319, que versa sobre o receituário para os Judiciários da América Latina e Caribe, o BM argumenta que os Judiciários dessa região, tais como se apresentam para a sociedade civil dos seus respectivos Estados, são danosos para a produção, para o

empresariado e, conseqüentemente, para a iniciativa privada de um modo geral. Esse discurso sugere que as motivações do banco para o Judiciário, em específico, são preponderantemente instrumentais, haja vista que o que importa, na verdade, é a criação de ambientes favoráveis a economia de mercado (SANTOS, 2009, p.158).

Em igual sentido, ou seja, como instrumento de mercado, mas analisando sob o aspecto do acesso à justiça, Porto (2004) enfatiza os objetivos da reforma proposta, a preocupação econômica e a indiferença em relação ao contexto social das pessoas que necessitam deste acesso:

É uma visão economicista e mercadológica, que enxerga na reforma das instituições públicas em prol da expansão do mercado internacional o suposto conseqüente desenvolvimento econômico que resolverá a pobreza. Ora, colocado desta forma, a questão da pobreza aparece como verdadeiro coadjuvante do embaraço teórico e político que o BIRD promove, pois surge como mero detalhe e uma possibilidade remota e longínqua de possível acontecimento e resolvimento (PORTO, 2004, p. 400).

A proposta apresentada pelo Banco Mundial para a América Latina, por meio do Documento 319, visa, de fato, a “[...] uma padronização sem fim, homogeneizando não só os sistemas judiciários e as instituições públicas em geral, mas também a própria noção de pobreza e os mecanismos de superá-la” (PORTO, 2004, p. 404), não se podendo desconsiderar que as “histórias locais são distintas e devem ser entendidas como partes fundamentais e decisivas para a análise da questão social” (PORTO, 2004, p. 404).

As fontes de legitimação do direito e também do próprio acesso à justiça devem ser analisadas no contexto socioeconômico neoliberal de mundialização de capital. Daí que pensar o acesso à justiça a partir do projeto apresentado pelo Documento 319 do Banco Mundial dispersa outros vetores de

legitimidade do direito, já que o foco principal é a economia e seu desenvolvimento.

Wolkmer (2006, p.114), ao discorrer sobre pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade, destaca as formas emancipatórias e contra hegemônicas para a legitimação do direito, afastando a ideia de concentrar no Estado-nação e no mercado como eixos de efetivação da pluralidade democrática.

Ressignificar outro modo de vida impulsiona a dimensão cultural por outras modalidades de experiência, de relações sociais e ordenações das práticas emergentes e instituintes. Em tal intento, a prioridade não estará no Estado-nacional e no Mercado, mas, presentemente, na força da sociedade como novo espaço comunitário de efetivação da pluralidade democrática, comprometida com a alteridade e com a diversidade cultural. Em sua capacidade geradora, o poder da instância societária proporciona, para os horizontes institucionais, valores culturais diferenciados, procedimentos distintos de prática política e de acesso à justiça, “novas definições de direitos, de identidades e autonomia”, projetando a força de sujeitos sociais como fonte de legitimação do *locus* sociopolítico e da constituição emergente de direitos que se pautam pela dignidade humana e pelo reconhecimento à diferença (WOLKMER, 2006, p.116).

Sobre os reflexos e desigualdades gerados pelo neoliberalismo, Wolkmer (2006) complementa em seus escritos o impacto no neoliberalismo no aprofundamento das desigualdades sociais:

Tal sistema de princípios e valores exige o Estado de grande parcela de sua responsabilidade, limitando-lhe a intervenção e atuação a garantir o mínimo de bens para todo cidadão. Ao ajustar e estabilizar a economia capitalista para as grandes burocracias e as elites financeiras

internacionais, o neoliberalismo acabou, na esteira dessas manobras, contribuindo para acelerar imensos desequilíbrios econômicos, elevadas taxas de desemprego, profundas desigualdades sociais, acentuados desajustes no cotidiano das comunidades locais e o genocídio cultural (WOLKMER, 2006, p. 116).

Apresentadas as principais acepções e a proposta do Banco Mundial, por meio do Documento 319, nota-se, desde já, que não se trata apenas de uma discussão teórica, sem reflexos práticos e políticos em relação ao acesso à justiça. O que se assiste é uma apropriação discursiva do tema acesso à justiça com objetivo real de atender aos interesses mercadológicos e econômicos.

1.2 Concepção do Projeto Florença e da Sociologia dos Tribunais

O Projeto Florença é uma importante referência acadêmica na compreensão da temática do “acesso à justiça”. Desta forma, não há como analisar as questões em torno do “acesso à justiça” sem recorrer ou apontar os estudos desenvolvidos no âmbito deste projeto, seja para estabelecer uma identificação ou um diferencial conceitual e teórico.

A partir do financiamento da *Ford Foundation*, o Projeto Florença desenvolveu, na década de 60, pesquisa entre especialistas de diversas áreas do conhecimento em torno do tema “acesso à justiça”, divulgando-se relatórios sobre o analisado.

O relatório sobre acesso à justiça analisado nesta dissertação foi desenvolvido por Mauro Cappelletti, professor da Universidade de Florença (Itália), que então ocupava o cargo de diretor do Instituto Florentino de Estudos Jurídicos Comparados, e Bryan Garth, que era professor da Indiana University School of Law (EUA), e publicado na década de 70.

O relatório foi publicado em português no Brasil apenas em 1988, com o título de “Acesso à Justiça” e com a tradução realizada por Ellen Gracie Northfleet (ex-ministra do Supremo Tribunal Federal).

Sem razão específica, apesar da participação de países da

América Latina (Chile, Colômbia, México, Uruguai etc.), o Brasil não se fez presente⁷ no Projeto de Florença, ficando sem apresentar relatos sobre a sua realidade jurídica e seus obstáculos concretos e contextuais de acesso à justiça e sendo significativa a ausência relatório brasileiro neste projeto internacional (JUNQUEIRA, 1996, p.390).

Referindo-se a um momento mais remoto, nos séculos XVIII e XIX, Cappelletti e Garth (1988) contextualizam o conceito de “acesso à justiça” a partir de uma compreensão de uma sociedade *laissez-faire*, despreocupada com a redução ou a eliminação da “pobreza legal”, e de um processo civil individualista, em que o “acesso” é visto como direito individual e formal de propor e contestar uma ação e também como direito natural. Portanto, um direito que dispensava a atuação positiva do Estado para sua efetivação, sendo ele passivo na promoção de ações concretas para efetivação do acesso à justiça.

O acesso à justiça, neste contexto de Estado Liberal, é tido numa acepção formal, como um direito formal, restrito ao processo judicial (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.9), num horizonte de abordagem restrito, com limites similares ao da concepção da igualdade formal, sem avanços sob o viés de uma igualdade material, preocupada com as diferenças substantivas e obstáculos reais daqueles que utilizam os serviços judiciais do Estado.

Neste particular sobre a igualdade, Pérez Luño (2007) permite que se atente para o fato de que não há uma única interpretação possível nem sequer um único meio de aplicação, em razão de estar a igualdade atrelada a uma historicidade, que congloba elementos socioeconômicos e culturais, além de dialogar com outros princípios/valores, tais como a liberdade, a justiça e o bem comum.

⁷ Sobre a ausência da participação do Brasil no Projeto Florença, especula-se: “A não participação do Brasil no Florence Project teria sido resultado de dificuldades de contactar pesquisadores brasileiros interessados em analisar esta questão? Ou seria decorrente da falta de interesse dos nossos pesquisadores em relação ao tema na segunda metade dos anos 70, já que o assunto só é introduzido no cenário acadêmico e político brasileiro a partir do final daquela década, quando (e aqui não coincidentemente) se inicia o processo de reabertura política? Infelizmente, não é possível responder a essas indagações.” (JUNQUEIRA, 1996, p.390).

El valor de la igualdad, si bien puede considerarse como una exigencia constante de la vida colectiva, ha variado en lo referente a su significación, contenido y relevancia social a lo largo del proceso histórico. Así, se comprueba que en distintas épocas se ha dado preeminencia a diferentes aspectos de la igualdad al conectarse esta idea con exigencias religiosas, políticas, jurídicas, raciales o socioeconómicas. Por ello, es imprescindible partir de la multiplicidad de esferas en las que incide la igualdad y del carácter histórico de su realización. A este fin se dirige, en primer término, la referencia a la pluralidad significativa de la igualdad, que servirá de sucinta introducción para el análisis de su dimensión formal (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 16).

Assim como a igualdade formal pressupõe uma atuação supostamente impessoal do Estado, a acepção formal também traduz esta pretensão e, como consequência, quer se fazer crer que apenas o acesso a um processo judicial é de fato “acesso à justiça”. Mas não há desvinculação possível entre um aspecto formal e material. Sobre a diferença e a relação entre a igualdade formal e material e os aspectos envolvidos, Barroso (2007) discorre:

A igualdade formal, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicaneamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à idéia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também,

perante a vida, ainda que minimamente (BARROSO, 2007, p. 13-14).

Ressalte-se, inclusive, nesta íntima relação entre acesso à justiça e igualdade, primeiro é pressuposto lógico e antecedente sem o qual não se pode falar em respeito a direitos e sequer em igualdade do sistema (CONSOLO, 2011, p.180).

Neste sentido também é que os precursores do Projeto Florença identificam o acesso à justiça como um requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário.

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.8).

Com o crescimento das sociedades *laissez-faire*, século XX, Cappelletti e Garth (1988, p.10-11) já caracterizam o segundo momento inserido em uma realidade ações e relacionamentos que assumiram caráter mais coletivo que individual, de surgimento de novos direitos humanos – os direitos e deveres sociais, de reformas do *welfare state* que tem procurado armar os indivíduos para assegurar estes novos direitos substantivos e de exigência da atuação positiva do Estado.

A necessidade de se posicionar contra o excesso de dogmatismo formalístico encontra-se no seio da luta pelo acesso à justiça, vista como “movimento” dos últimos decênios do século XX que se traduz numa transformação do pensamento jurídico em resposta à crise do direito e da justiça e, sob um viés prático, em reformas normativa, institucional e processual, como identifica Mauro Cappelletti (1991):

Como movimento de pensamento, o acesso à justiça expressou uma potente reação contra uma impostação dogmática-formalística que pretendia identificar o fenômeno jurídico exclusivamente no complexo da norma, essencialmente de derivação estatal, de um determinado País. O dogmatismo jurídico tem sido uma forma degenerativa do positivismo jurídico que levou não somente a uma simplificação irrealística do direito, no que se refere ao seu aspecto normativo — *jus positum* — descuidando-se assim dos outros não menos essenciais elementos: sujeitos, instituições, procedimentos; mas tem levado também a uma não menos irrealística simplificação dos deveres e das responsabilidades dos juristas, juízes, advogados, estudiosos deveres que segundo aquela empostação, deveriam limitar-se a um mero, assético, passivo e mecânico conhecimento e aplicação da norma na vida prática, no ensino e nas análises científicas. Nesta empostação formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da norma não é outra senão aquela do “resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma idéia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado”, com a “doutrina do silogismo judicial, segundo o qual também a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo”; como instrumento ‘seguro’ deste cálculo, ressalto, o método sistemático-dedutivo que tem a dupla vantagem — pelo menos assim supõe a doutrina em exame — de garantir soluções “certas” e “objetivas” e de excluir a escolha subjetiva do juiz”. Não menos importante é o fato de que nesta empostação formalística, acaba por haver uma identificação do direito positivo com a justiça, ou seja, que é o mesmo, uma recusa de avaliar o direito positivo tendo como base os critérios de justiça, sociais, éticos, políticos, econômicos

(CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 1991, p. 123-124).

A efetividade do acesso à justiça passa, numa perspectiva utópica, pela implementação da “igualdade de armas” entre as partes, a se revelar como garantia de que o processo de julgamento de mérito permaneça imune às interferências externas que possam prejudicar o direito das partes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.15).

Nestes pressupostos de avanço sobre aspectos formais é que o conceito de acesso à justiça foi forjado, sobretudo, no âmbito do Projeto Florença, em que se procedeu “[...]à fixação do termo e à defesa de um conceito compreensivo que abarca uma progressiva diversificação judicial e não judicial, administrativa e não-governamental dos modos de entregar o direito.” (LAURIS, 2015, p.7) e também representou “[...] a ampliação da ação e das expectativas de busca de justiça em face do sistema jurídico[...]” (LAURIS, 2015, p.7).

Medeiros (2013) aponta, nesta mesma perspectiva do Projeto Florença e sob a ótica de efetivação de direitos fundamentais, sobre a importância de se ampliar o conceito de acesso à justiça, rompendo com a noção restritiva de acesso ao Poder Judiciário:

A importância do acesso à justiça, nos termos anteriormente anotados, leva à conclusão de que qualquer compreensão restritiva de seu conceito tende por desconsiderar seu relevante papel em relação à efetividade dos demais direitos fundamentais. Destarte, pode-se afirmar que a ideia de acesso à justiça vinculada estritamente ao Judiciário é limitada e, sobretudo, obsoleta, merecendo ser suplantada. Deve ceder, portanto, lugar a uma conotação mais ampla, que ocupa um lugar de destaque no Estado contemporâneo, extrapola os limites judiciais e toma a cena de outras esferas. Desta forma, muito embora deva se considerar a importância dos instrumentos processuais de acesso à justiça, não parece adequado restringir este instrumental ao Judiciário, uma vez que, conforme já salientado, a ideia de acesso à

justiça aparelha-se com a efetivação dos direitos fundamentais, não havendo como restringir tal acesso a questões processuais (MEDEIROS, 2013, p.15-16).

É interessante destacar como, ainda assim, a compreensão do Projeto Florença é extremamente institucionalista e processualista, já que a preocupação principal tem como eixo o processo e suas instituições implementadores para garantia dos direitos. É uma referência histórica relevante, mas tem suas limitações em torno do processo judicial e institucional.

A partir das pesquisas realizadas, Cappelletti e Garth (1988) delineiam três obstáculos que dificultam o acesso à justiça. O primeiro deles, refere-se às custas judiciais, ou seja, ao valor de custo de um processo judicial, incluindo aí os valores dispendidos com a estrutura e pessoal do poder judiciário (custas judiciais), os honorários aos serviços advocatícios e o princípio de sucumbência que implica o pagamento dos honorários do advogado do vencedor.

Neste contexto do primeiro obstáculo, duas situações são como agravantes do custo da resolução formal do conflito: a) pequenas causas, já que o custo do processo aumenta nas lides com valor da causa menor e b) o tempo de duração do processo, que atinge os mais carentes economicamente, que sofrem com o efeito da inflação, tendo muitas vezes que aceitar acordos com valores aquém de direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.20).

O segundo obstáculo, identificado como concernente à possibilidade das partes no campo da estratégia do jogo processual, aponta que há pessoas ou organizações, que por conta de sua estrutura e recursos financeiros, suportam o pagamento do litígio e da demora do processo, além de toda a produção de argumentos, defesas e provas no curso do processo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.21).

A situação é ainda mais sutil quando a possibilidade das partes é reduzida pela dificuldade em reconhecer a juridicidade de seu problema, ao qual Cappelletti e Garth (1988, p. 22) nominaram de “Aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação para sua defesa”. A razão deste déficit encontra fundamentos variáveis que não se restringem apenas aos recursos financeiros dos quais dispõem as partes, mas também em razão do contexto educacional e social (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.22).

E, ainda, inserida no obstáculo que afeta a possibilidade de compreensão jurídica das partes, os autores Cappelletti e Garth (1988, p. 25) apresentaram a diferença entre litigantes eventuais e habituais, sendo que estes últimos, por terem um grande número de litígios (repetitivos, inclusive), podem absorver os ganhos processuais a partir de uma análise estratégica do conjunto de todos os processos e, até mesmo, das diferentes respostas jurisdicionais nos processos individuais em que são partes, diferentemente como ocorre com o litigante eventual.

Sobre o percurso processual pelo qual passam as partes e a lógica estratégica da demora do tempo na resolução do conflito e os seus efeitos, Mancuso (2015) discorre:

Não admira que a chamada *solução adjudicada* (decisão judicial de mérito) em tantos casos se mostra impotente para resolver *efetivamente* os conflitos: distribui desigualmente os ônus e encargos processuais, fazendo com que pesem muito sobre a parte fragilizada e pouco ou nada sobre a parte poderosa. Ademais, a solução final é demorada, postando-se num momento cronológico muito distanciado dos fatos (“tempo que passa é verdade que foge (...)”), trazendo o peso da autoridade estatal, que converte as partes ou interessados em vencedor e perdedor, a partir de uma lógica de *certo-errado* que só faz acirrar os ânimos e estimular o vencido a exercer a infundável resistência na forma de impugnações e recursos diversos, até mesmo na fase jurissatisfativa (MANCUSO, 2015, p. 130) (grifos itálicos no original).

O terceiro obstáculo, por fim, apresentado pelos autores Cappelletti e Garth (1988, p. 26) refere-se aos interesses difusos (do qual o exemplo clássico são as diversas questões afetadas e violadoras do meio ambiente) e a ausência de legitimação individual para defesa destes direitos, diferentemente como ocorre com os direitos individuais, além de apontar a dificuldade de reunião entre as pessoas para identificação do interesse em

comum e organização estratégica para a defesa do interesse coletivo.

A partir da identificação dos obstáculos de acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988, p.31) delineiam soluções práticas a estes problemas, às quais são nominadas de ondas de um movimento sequencial e cronológico que deu início em 1965 nos países ocidentais.

A solução ao primeiro obstáculo do acesso à justiça (custas processuais e honorários advocatícios) é a primeira onda renovatória, denominada por Cappelletti e Garth (1988, p.31) de assistência judiciária para os pobres, ou seja, como garantir o acesso daqueles que não têm condições de pagar por serviços jurídicos a um profissional que lhe intermedeie a prestação jurisdicional.

O estudo desenvolvido por Cappelletti e Garth (1988) aponta os três modelos de assistência jurídica gratuita: a) sistema *judicare*; b) o advogado remunerado pelos cofres públicos e c) e modelo combinado.

No entanto, estes sistemas serão analisados no terceiro capítulo desta dissertação, no qual será analisado o surgimento e o desenvolvimento da instituição Defensoria Pública, que possui atualmente a incumbência, nos termos do art. 134 da CR/88, “[...] para a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º [...]”.

Mesmo se solucionado o primeiro obstáculo, garantindo-se a assistência jurídica às pessoas que necessitam, Cappelletti e Garth (1988, p.47) reconhecem os seus limites e possibilidades, especialmente a depender do modelo de assistência jurídica adotado, quais sejam: a) insuficiência numérica de advogados para atender as demandas; b) grandes dotações orçamentárias, notadamente quando os advogados se utilizam do sistema judiciário formal e considerando que o pagamento baixo atrai profissionais de baixa qualidade; c) a assistência judiciária não soluciona o problema do risco de perda e o valor das pequenas causas, desestimulando o prosseguimento da demanda e d) não resolutividade das demandas difusas.

Já em relação à segunda onda renovatória de acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988, p.49) invocam a representação dos interesses difusos, compreendidos como interesses coletivos

ou de grupo, identificando um vácuo no processo civil tradicional para a proteção destes direitos.

A segunda onda renovatória de acesso à justiça, representando uma reviravolta no processo civil e individualista clássico, é a representação dos interesses difusos, partindo-se da compreensão de que o processo civil individual não garante suficientemente a defesa de direitos coletivos e interesses difusos e de que as ações coletivas podem ter por promovedores grupos particulares.

Neste sentido, Cappelletti e Garth (1988, p.51): “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos”.

Por fim, a terceira onda renovatória apresenta uma tentativa de simplificação do processo judicial e adequação a complexidade do litígio, utilizando-se, como se denomina atualmente, de meios alternativos de resolução de conflito bem como implementando juizados especiais.

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68)

Analisados os obstáculos e ondas renovatórios desenvolvidos no Projeto Florença, é importante destacar os estudos desenvolvidos pela sociologia dos tribunais. Santos (1986, p.17) situa o acesso à justiça como um dos seus três grandes grupos temáticos da sociologia dos tribunais, ao lado da administração da justiça como instituição política e organização

profissional e da litigiosidade social e os mecanismos de resolução dos conflitos.

Santos (1986, p.11) indica o pós-guerra (1939-1945) como o momento em que a acepção contemporânea da expressão sociologia do direito constitui-se como especialização da sociologia geral sem, contudo, olvidar-se de destacar as produções científicas produzidas anteriormente com forte teor sociológico.

Tanto que um dos debates entre juristas no século XIX, proeminente em termos sociológicos sem adotar a acepção contemporânea do termo, confrontava-se sobre o papel do direito frente às estruturas e condições sociais, polarizando-se entre aqueles que defendem “[...]uma concepção do direito enquanto variável dependente, nos termos do qual o direito se deve limitar a acompanhar e incorporar os valores sociais e os padrões de conduta espontânea e paulatinamente constituídos na sociedade[...]” e, numa perspectiva oposta, tem-se “[...]a concepção do direito enquanto variável independente, nos termos da qual o direito deve ser um activo promotor de mudança social tanto no domínio material como no da cultura e das mentalidades [...]” (SANTOS, 1986, p.12).

Junqueira (1996, p.389) chega a afirmar que no Brasil “[...] não se pode falar em produção sistemática na área do direito e sociedade, ou seja, de uma linha de investigação sobre temas e instituições jurídicas, antes dos anos 80”, relacionado os estudos sobre o acesso à justiça como início do surgimento da sociologia do direito, que não se localiza na área das ciências sociais, mas sim como objeto de estudos de bacharéis da área jurídica orientados sociologicamente.

Santos (1986, p.14) prossegue afirmando que neste contexto de pós-guerra ainda era predominante a tradição intelectual que abordava o direito numa perspectiva normativista e substantivista, desconsiderando uma análise das questões processuais, institucionais e organizacionais, que vão emergir na década de 50 e início da década de 60, sustentadas em condições teóricas e sociais.

Dentre as condições teóricas que permitem esta nova perspectiva de análise da sociologia do direito, Santos (1986, p.14) aponta três:

- 1) o desenvolvimento da sociologia das organizações, que se traduz, no âmbito da sociologia do direito, no interesse pela organização judiciária, em especial pelos tribunais;
- 2) o desenvolvimento da ciência política e a percepção dos tribunais como instância de decisão e poder políticos; e
- 3) o desenvolvimento da antropologia do direito (ou da etnologia do direito), numa tendência à análise da estruturação dos comportamentos a partir dos fenómenos jurídicos (processuais, normativos e institucionais).

No que se refere às condições sociais, Santos (1986, p.15-16) indica as seguintes relacionadas entre si:

- 1) as lutas por novos direitos sociais pelos grupos sociais que tradicionalmente não se expressavam em termos de movimentos de confrontos (negros, estudantes e amplos setores da pequena burguesia), deslegitimando o discurso dos regimes políticos vigentes fundados na igualdade perante a lei como legitimadora da atuação do estado, sem observância das diferenças sociais que geram desigualdades de acesso ao direito e à justiça.
- 2) a crise da administração da justiça na década de 60 em dar respostas, num contexto de implementação do Estado-providência, aos novos conflitos jurídicos que traziam no seu bojo a demanda por direitos sociais.

Quanto ao tema acesso à justiça, Santos (1986, p.18) afirma como *“aquele que mais directamente equaciona as relações entre processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica”*, esclarecendo que a discussão não é nova no contexto do século passado, pois em seu limiar já havia denúncias acerca da discrepância do acesso à justiça na Áustria e na Alemanha.

Foi, no entanto, no pós-guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado de bem estar transformou o direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e em particular o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos [...] (SANTOS, 1986, p.18)

Neste contexto, a sociologia trava uma discussão dos obstáculos do acesso à justiça às camadas populares, numa análise sistemática e empírica, sendo apontados geralmente três ordens de obstáculos, quais sejam: econômicos, sociais e culturais (SANTOS, 1986, p.19).

Os obstáculos econômicos apontados por Santos (1984, p.19), no contexto das demandas cível, referem-se ao elevado custo de se litigar, em virtude do valor que se deve pagar para custeio do processo, à relação inversamente proporcional entre o valor e custo da causa, que onera mais intensamente os litigantes de causas “pequenas”, sendo comumente o perfil processual, inclusive, dos processos das pessoas mais carentes e o também o custo econômico pela espera da resolução judicial do conflito, que não é objeto da decisão final, mas recai sobre aquele que tem mais carência pela resposta judicial e não tem como fazer do processo um investimento do capital dos seus resultados como ocorre com os grandes litigantes.

Embora os obstáculos econômicos sejam dotados de destaques e representatividade no sentido de afastar as classes mais populares do acesso à justiça, não são únicos nem exclusivos, já que outros obstáculos são indicados por Santos (1986, p.20) como sociais e culturais, ainda que remotamente encontram-se todos relacionados.

Os obstáculos sociais e culturais decorrem do desconhecimento do direito pelas pessoas, como ignorantes do direito em si e inaptos a reconhecerem a possibilidade de resolução e reparação jurídica de um conflito e, também, devido ao fato de as camadas mais populares terem baixa probabilidade de inaugurar um processo judicial, por razões de experiências negativas com os serviços judiciais e advocatícios. Outra razão é o fato de nestas camadas não terem contato familiar e social, ou pouco, com advogados, numa relação mais de proximidade, do que de profissional, levando a um aumento do desconhecimento prático e operacional do processo de judicialização (SANTOS, 1986, p.20).

As formas como estes obstáculos se relacionam entre si e se sujeitam à modificação não são tão simplórias como possam aparecer numa narrativa mais didática de sua compreensão. Neste sentido:

O conjunto destes estudos revelou que a discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar. A riqueza dos resultados das investigações sociológicas no domínio do acesso à justiça não pôde deixar de se reflectir nas inovações institucionais e organizacionais que, um pouco por toda a parte, foram sendo levadas a cabo para minimizar as escandalosas discrepâncias entre justiça civil e justiça social verificadas. (SANTOS, 1986, p.20-21)

Por outro lado, Lauris (2015, p. 6-7) revisita o conceito

tradicional de acesso à justiça, em especial os acima descritos, para, ao apresentar o debate oficial em que se coloca a problemática deste acesso em torno da estrutura do Estado e da ação dos seus membros e servidores, questionar criticamente o papel do Estado e da sociedade civil na elaboração desta política pública.

Lauris (2015, p. 7) aponta a formulação tradicional como responsável pela contribuição da ideia de “naturalização do acesso à justiça como inerentes ao movimento de evolução dos estados democráticos ou democratização de estados em evolução”.

Por outro lado, aponta também a diversidade e a contradição dos resultados decorrentes do movimento tradicional de acesso à justiça como:

- 1) O fortalecimento das instituições jurídicas e administrativas e das carreiras profissionais que integram e o reforço de medidas de *accountability* e participação social nestas instituições.
- 2) A centralidade do direito do Estado como bem de providência social e medidas de relativização dos fundamentos epistemológicos desse mesmo direito – titularidade coletiva dos direitos, informalização da justiça, etc.
- 3) O reforço do papel das profissões na assistência jurídica e na entrega de um resultado social justo através do acesso ao direito, a crítica ao encastelamento dos profissionais e a defesa da desprofissionalização da justiça.
- 4) O protagonismo do Estado na sua democratização, a ampliação da juridificação na vertente do acesso e o desvelar da violência da intervenção do Estado, da utilização ideológica do direito e da insuficiência do direito estatal na regulação das relações sociais. (LAURIS, 2015, 7-8)

Daí para a autora ocorrer a existência de dois dilemas centrais no contexto atual do debate sobre o acesso à justiça. O

dilema inicial reside em se questionar sobre a possibilidade do acesso à justiça representar “a igualdade pelo e do direito num contexto em que os modos de produção e reprodução do campo jurídico são evidências arrebatadoras da manutenção das desigualdades” (LAURIS, 2015, p.8).

Já o segundo dilema, concentra-se em questionar o papel da emancipação social nas atividades dos tribunais, indagando-se a viabilidade deste papel num contexto em que “a expectativa em relação aos tribunais é dual: afirmar a cidadania, conservando a ordem das coisas, por um lado, e transformando-a, por outro” (LAURIS, 2015, p.9).

Sobre a resistência da implementação do acesso à justiça, tem-se que:

Nos estados contemporâneos, a opção de acesso à justiça tem sido construída sob a vigilância, a hesitação e a suspeição dos estados e das classes dominantes. Trata-se de um processo cuja procura de soluções e alternativas de estabilização e recuperação das raízes do pensamento jurídico moderno transforma a expectativa de democratização dos estados numa espera prolongada e angustiante. (LAURIS, 2015, p.9).

Daí que as soluções apresentadas nos estados contemporâneos sobre o acesso à justiça não têm comumente um viés crítico, permanecendo numa abordagem estrutural-funcionalista (LAURIS, 2015, p.9), reproduzindo uma perspectiva de análise restritiva e que:

1) a experiência de acesso é conformada pelos padrões de funcionamento das estruturas jurídicas; (2) a falta de acesso à justiça corresponde a obstáculos estruturais vivenciados pelos cidadãos; (3) a resposta aos obstáculos de acesso subsume-se a tentativas de coordenação de diferentes iniciativas/alternativas de acesso à justiça.

A partir desta compreensão, nota-se uma leitura ensimesmada dos problemas do acesso à justiça, especialmente

se se partir do pressuposto tradicional em que a justiça é confundida com as instituições que integram o seu sistema de provimento, ou seja, o objeto é confundido com o sujeito, o serviço é permutado com a estrutura que deveria lhe dar suporte.

No entanto, enquanto o sujeito que se intitula responsável pelo acesso à justiça, o Estado, consegue se articular de forma mais uníssona, os outros sujeitos, a quem se oferta a estrutura com seus serviços, possui demandas jurídicas convergentes e divergentes. Em termos práticos, por exemplo, a demanda de um morador de rua que não possui documento de registro de nascimento não é similar aos dos indígenas que também não obtiveram o registro.

Lauris (2015, p.9) aponta ainda que dentro desta concepção tradicional com soluções estrutural-funcionalistas “[...] a produção de teoria do direito crítica é um contrassenso[...]”, já que esta abordagem “[...] faz assim uma crítica empírico-metodológica, e nunca epistemológica ou fenomenológica, à evidência de produção e reprodução das desigualdades pelo direito”.

Neste contexto, é que se alerta a razão e a dificuldade deste trabalho de demonstrar uma atuação de implementação de acesso à justiça pela Defensoria Pública que não sirva de reprodução das soluções tradicionais e pragmáticas às demandas jurídicas, especialmente as atuações referentes aos direitos indígenas.

É importante destacar que a discussão sobre o tema acesso à justiça não se iniciou no Brasil a partir de discussões processuais ou legislativas, mas sim por meio dos debates acerca do pluralismo jurídico.

No caso brasileiro, por um lado, os anos de autoritarismo do Estado marcaram a experiência de encontro entre o povo e instituições como uma experiência de repressão e alheamento. Por outro lado, a separação entre a massa dirigida e a elite governante, suportada por anos de colonialidade interna que se mantêm, construíram uma relação baseada na imaginação do Estado como centro na localização da comunidade como margem. Uma margem enclausurada em generalizações como pobres, não desenvolvidos, analfabetos, desinformados,

a-jurídicos. Uma massa uniforme não-moderna cujas manifestações de justiça despontavam para o centro como momentos de justiça popular anárquica. A este propósito, a porta de entrada da reflexão sobre o acesso à justiça no Brasil foi aberta pelas análises sobre o pluralismo jurídico e não por estudos sobre a mobilização do direito do Estado e reformas legais. (LAURIS, 2014, p. 27)

A (des) contextualização do Brasil no movimento internacional de acesso à justiça é analisada por Junqueira (1996) que esclarece que a preocupação brasileira quanto pensava na temática do acesso à justiça era com a exclusão de direitos sociais básicos, e não com os reflexos da crise do Estado de bem estar, que aqui sequer fora desenvolvido naquele contexto:

Os motivos para o despertar do interesse brasileiro no início dos anos 80 para esta temática, portanto, devem ser procurados não neste movimento internacional de ampliação do acesso à justiça, mas sim internamente, no processo político e social da abertura política e, em particular, na emergência do movimento social que então se inicia. Invertendo o caminho clássico de conquista de direitos descrito por Marshall (1967), o caso brasileiro não acompanha o processo analisado por Cappelletti e Garth a partir da metáfora das três “ondas” do “*access-to-justice movement*”. Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos de produção acadêmica como em termos de mudanças jurídicas, também participe da discussão sobre direitos coletivos e sobre a informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde (JUNQUEIRA, 1996, p. 390).

Ao lado do aporte teórico do conceito de acesso à justiça, não se pode olvidar as expectativas e frustrações que a sociedade deposita no Poder Judiciário brasileiro bem como as soluções jurisdicionais por ele apresentadas, tanto na perspectiva do mérito, como na perspectiva do tempo e efetividade e a figura institucional que o Poder Judiciário representa na sociedade.

Numa análise do autoritarismo do Poder Judiciário que exerce fascínio em um determinado grupo social no Brasil, Casara (2015) alerta:

A burocratização, marcada por decisões conservadoras em um contexto de desigualdade e insatisfação, e o distanciamento da população fazem com que o Judiciário seja visto como uma agência seletiva a serviço daqueles capazes de deter poder e riqueza. Se por um lado, pessoas dotadas de sensibilidade democrática são incapazes de identificar no Poder Judiciário um instrumento de construção da democracia; por outro, pessoas que acreditam em posturas fascistas (na crença da força em detrimento do conhecimento, na negação da diferença, etc.) aplaudem juízes que atuam a partir de uma epistemologia autoritária (CASARA, 2015, p. 209).

Neste sentido, Antônio Carlos Wolkmer (2015, p. 107) discorre sobre o desenho institucional do Poder Judiciário, seu formalismo e seu desempenho institucional a limitação do acesso à justiça:

O certo é que nos horizontes da cultura jurídica positivista e dogmática, predominante nas instituições políticas brasileiras, o Poder Judiciário, historicamente, não tem sido a instância marcada por uma postura independente, criativa e avançada em relação aos graves problemas de ordem política e social. Pelo contrário, trata-se de um órgão elitista que, quase sempre, ocultado pelo "pseudoneutralismo" e pelo formalismo pomposo, age com demasiada submissão aos

ditames da ordem dominante e move-se através de mecanismos burocrático-procedimentais onerosos, inviabilizando, pelos seus custos, o acesso da imensa maioria da população de baixa renda (WOLKMER, 2015, p. 107).

Com destaque também para o Judiciário, Mancuso (2015) apresenta um quadro mais atual do Poder Judiciário que vive uma explosão de litigiosidade com uma prestação jurisdicional de baixa qualidade.

Não deixa de constituir um verdadeiro e instigante *paradoxo* a constatação de que, por um lado, o Judiciário aparece mal avaliado pela população em geral, a qual, todavia, insistem em procura-lo massivamente, no afã de solucionar seus conflitos; mal comparando, seria como se um aglomerado de pessoas se esforçasse ao máximo para entrar num ônibus, que, todavia, se locomove lentamente, gasta combustível em excesso e não oferece conforto nem segurança aos passageiros. Provavelmente, o paradoxo em causa se deva ao fato de que a política judiciária tem sido praticada sob uma óptica meramente *quantitativa* (mais processos: mais fóruns, mais juízes, mais serventuários, mais informática), tudo a retroalimentar a demanda, sem a devida massa crítica quanto ao fundamental aspecto da *qualidade* da resposta jurisdicional [...] (MANCUSO, 2015, p.34).

No entanto, ao lado do aumento do excessivo número de processos judiciais, há de se refletir também sobre a existência de demandas reprimidas no Brasil, que se alimentam de uma exclusão social dos grupos mais vulneráveis da resolução de seus conflitos e também de uma percepção negativa da Justiça (SADEK, 2008, p.274).

As alternativas à resolução dos conflitos auto ou heterocompositivas são reconhecidas cada vez mais no direito positivo brasileiro, mitigando, em certa medida, o monopólio

estatal da jurisdição da resolução de conflitos. Neste sentido, há uma ressignificação do acesso à justiça frente aos atuais desafios de excessiva judicialização dos conflitos sociais e à crise do judiciário na forma de solucionar estas demandas:

Renovação semelhante se vem passando como o sentido da expressão *acesso à justiça*, inicialmente informada pela vetusta concepção do *monopólio estatal*, mas que ora vai cedendo espaço a novas ideias e propostas, aderentes à tendencial e crescente *desjudicialização dos conflitos*. A instalação desse novo ambiente é perceptível a mais de título: a notória e crescente busca por meios auto e heterocompositivos fora e além da estrutura judiciária estatal; a outorga de força executiva judicial ou extrajudicial a decisões e resoluções oriundas de instituições não integrantes do rol dos órgãos jurisdicionais (arrolados em *numerus clausus* no art. 92 da CF/1988), tais o *compromisso de cessação de prática sob investigação* perante o CADE (Lei 12.529/11, art. 85, §8.º); o *termo de ajustamento de conduta*, bastante utilizado pelo Ministério Público (Lei 7.347/1985, art. 5º, §6.º); a *sentença arbitral* (CPC/1973), art. 475-N,IV; no novo CPC, v. art. 485, VII); a consignação do valor da dívida pecuniária em estabelecimento bancário, dando azo à liberação do obrigado, se, intimado o credor, no decêndio não recusar a oferta (CPC/1973, art. 890, §§1.º e 2.º; novo CPC, art. 539 parágrafos) (MANCUSO, 2015, p. 27) (grifos itálicos na obra original).

Assim, percebe-se, na recepção e implementação dos meios alternativos de resolução de conflitos, uma resposta à crise do Judiciário com a explosão de litigiosidade e a dificuldade em lidar e apresentar com um processo judicial célere e engajado com a resolução do conflito.

No entanto, no que se refere à resolução dos conflitos indígenas, a fundamentação jurídica e o enfoque ao acesso à justiça passa menos pela crise do Judiciário, no que se refere a

números, e mais pela ótica do “multiculturalismo emancipatório” em que se permita também a concretização do direito de autodeterminação e também o direito de consulta.

O contexto brasileiro acerca do tema acesso à justiça, compreendido como movimento acadêmico, jurídico e político, abarca dos eixos principais: o acesso coletivo à justiça, como discussão predominante na primeira metade do decênio de 1980; e, formas estatais e não estatais de resolução de conflito (JUNQUEIRA, 1996, p. 391).

Na discussão sobre o acesso à justiça, por exemplo, o tema dos conflitos coletivos impõe-se em um primeiro momento em razão do crescente fenômeno das invasões urbanas e da incapacidade do Poder judiciário resolver os novos conflitos da sociedade brasileira emergentes (JUNQUEIRA, 1996, p. 398).

No que se refere ao contexto da América Latina, críticas são apresentadas por Bassil (2010, p.174), que questiona o modelo teórico ocidental de acesso à justiça – a partir da suposta existência de Estado de Bem Estar Social, de democracia e desenvolvimento, sob o modelo de produção capitalista –, absorvido nos países latino-americanos:

De una breve lectura de la realidad histórica (económica, política, social y cultural) de los países latinoamericanos, se puede llegar a la fácil conclusión de que esos elementos pre-jurídicos a los cuales hace referencia Cappelletti son, no sólo distintos, sino, a veces, radicalmente opuestos cuando se les intenta comparar con los países llamados del primer mundo. A pesar de esto, da la impresión de que el tratamiento de los problemas de acceso a la justicia se ha desarrollado sin tomar en consideración esta advertencia de este ilustre comparatista. El abordaje del acceso presuponiendo la existencia de un “Estado de bienestar” en Latinoamérica, tal como se ha dado en Europa, reafirma nuestra percepción y representa un buen ejemplo para entender el

mal uso del método comparado (BASSIL, 2010, p.182).

Por outro lado, não há como desvincular as discussões sobre o acesso à justiça da forma como o Estado e a própria sociedade lida com o sistema jurídico e, mais: “Em sociedades em que o reforço de utilização do direito como repressão não é equivalente ao esforço de promoção do direito como bem-estar social, não se fala de acesso à justiça, mas sim da falta de acesso à justiça”. (LAURIS, 2015, p.23)

Sobre o modelo de Estado que se adota e a repercussão na forma de implementação de acesso à justiça, Ré (2013) aponta a relação intrínseca entre os temas nos seguintes termos:

De fato, o modelo de assistência jurídica está umbilicalmente ligado ao modelo de Estado e ao tipo de tutela jurisdiciona preferido. Com efeito, Estados Liberais têm a tendência de adotar modelos privatistas e individualistas de assistência jurídica, além de prioridades tutelares ressarcitórias. Doutra banda, Estados Democráticos priorizam os modelos públicos de assistência, prestada e gerida por Entes Estatais, responsáveis pela oferta de soluções estruturais e de tutelas inibitórias às ameaças ou às megaviolações de direitos fundamentais, mormente dos direitos sociais e coletivos (RÉ, 2013, p.94).

Apresentados os principais modelos e compreensões sobre acesso à justiça, segue-se ao terceiro tópico, que discorrerá sobre o multiculturalismo, com as cinco teses desenvolvidas por Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes (2003) e que permitiram estabelecer as relações conclusivas com o acesso à justiça aos povos indígenas que se propõe nesta dissertação.

1.3 Acesso à justiça sob a ótica do “multiculturalismo emancipatório”

Antes de se tecer explicações sobre a teoria do multiculturalismo desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes, deve-se apresentar, com o objetivo de

contextualizar e alargar o entendimento, a diversidade de compreensões teóricas e ideológicas em relação a expressão multiculturalismo, para que se delimite a proposta apresentada neste trabalho de dissertação, sem esgotá-las, contudo.

Heller (2005, p.13), professora titular na *New School for Social Research*, em Nova York (EUA), da cátedra Hannah Arendt de Filosofia, ao discorrer sobre o alcance do significado do tema, esclarece que “[...] o multiculturalismo é uma palavra de moda e também um termo altamente politizado. O termo, ou melhor, o projeto multiculturalista, foi recente e amplamente aceito por diversos intelectuais socialmente comprometidos”.

Ao apresentar a percepção do multiculturalismo como um conceito geral e transcontextual, Heller (2005, p.13) adverte o equívoco desta perspectiva, pois intrinsecamente à discussão da questão cultural há o contexto em seu entorno do qual não se pode desprezar.

Se dissermos que “o multiculturalismo como tal é certo” ou, alternativamente, “que o multiculturalismo como tal é errado”, abstraímos-nos do espaço onde as culturas aparecem, das origens dessas culturas, do nível de suas manifestações, assim como todo o resto. Mas temas culturais não podem ser abordados de modo transcontextual. A compreensão de qualquer que seja essencialmente holística – e a cultura é uma delas – demanda uma abordagem contextual. [...] A cultura política deve ser algo contextual, pela simples razão de que todas as culturas como entidades devem ser compreendidas contextualmente. O discurso do multiculturalismo, no entanto, é frequentemente conduzido de modo transcontextual e, além disso, superpolitizado. Essa falácia fecha o caminho para um diálogo aberto. (HELLER, 2005, p.14)

É de se destacar ainda outras críticas existentes em relação ao multiculturalismo, como, por exemplo, as considerações realizadas nos escritos de Colaço e Damázio (2012, p.10), em que se demonstram as relações entre o “multiculturalismo oficial”

(adotado pelos estados e organismo multilaterais) com o discurso de desenvolvimento e de integração de outras culturas à cultura ocidental.

Ainda perdura a finalidade de integrar as culturas jurídicas tradicionais à cultura jurídica ocidental moderna dos estados-nação, considerado como a via imprescindível para toda a humanidade. Ao mesmo tempo em que há a intenção de respeitar a cultura do “outro” (multiculturalismo oficial) também há a intenção de levar até essas culturas os modelos ocidentais. Neste cenário o discurso do desenvolvimento, representa o grau mais visível deste novo colonialismo (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 80).

Colaço e Damázio (2012) destacam ainda a subalternização de saberes promovida pelo “multiculturalismo oficial” e a sua inércia diante dos padrões eurocêntricos de saber:

O reconhecimento e a tolerância que o multiculturalismo oficial promete deixa intacta a estrutura social e institucional que constrói as diferenças. O multiculturalismo oficial não apenas deixa de questionar os padrões de conhecimento eurocêntricos como, na maioria das vezes, fortalece a classificação de pessoas e saberes a partir de um “ponto zero” do conhecimento. Isto é, renova e encobre a prática de subalternização epistêmica (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 99).

No que se refere especificamente aos direitos indígenas e ao multiculturalismo, Colaço e Damázio (2012, p.10) alertam que a forma como o “multiculturalismo oficial” opera remete a uma aparência de defesa de saberes locais, mas sem questionamentos às relações coloniais, atuando-se apenas no reconhecimento e inclusão dos indígenas.

Neste sentido, é que Verдум (2009, p. 94) também apresenta crítica à forma como é aceito comumente o multiculturalismo no âmbito do discurso político:

Quando muito, foi aceito um multiculturalismo “bem comportado”, que se ocupa da diversidade enquanto diferença cultural, dentro de um determinado espaço (local, regional, nacional ou internacional), ao mesmo tempo em que repudia ou deixa de lado diferenças econômicas e sociopolíticas. Na prática, isso se manifesta em políticas que se “abrem” à diversidade cultural, manifestam um relativismo cultural, ao mesmo tempo em que reforçam os mecanismos de controle e domínio do poder do Estado nacional e os interesses do capitalismo global sobre os territórios e os recursos naturais (2009, p. 94).

Neste sentido, deve-se pensar também na definição do alcance dos estudos que se desenvolveram sobre acesso à justiça aos direitos indígenas, sem que isso se configure numa espécie de integração à cultura jurídica ocidental. É de se ter bem clara a diferenciação entre o direito produzido internamente pelo grupo indígena e aquele outro imposto do direito positivo vigente.

Ao multiculturalismo se vinculou a ideia de reconhecimento, sendo que Charles Taylor desenvolveu a teoria do multiculturalismo a partir da política de reconhecimento, partindo-se da ideia de a ausência ou a presença depreciativa de reconhecimento de um grupo majoritário em relação a um grupo minoritário impacta a identidade deste último (TAYLOR, 1994, 45).

Taylor (1994), ao exemplificar reconhecimento pejorativo das mulheres nas sociedades patriarcais e dos negros nas sociedades brancas, desta o que seguinte: “Nesta perspectiva, a sua auto-depreciação torna-se um dos instrumentos mais poderosos da sua própria opressão. A primeira coisa que deveriam fazer era expiarem essa identidade imposta e destrutiva” (TAYLOR, 1994, 45).

Em relação aos povos indígenas, Taylor também aponta a problemática do reconhecimento e identidade: “[...] desde 1492 os europeus têm vindo a projectar desses povos uma imagem de seres um tanto inferiores, ‘incivilizados’, e que, através da conquista e da força, conseguiram impô-la aos povos colonizados” (TAYLOR, 1994, 46).

Sobre a proposta multicultural e política da diferença, Albuquerque (2008, p. 77) analisa o debate de Taylor sobre dois

enfoques, o primeiro sob a perspectiva da etnia minoritária que é depreciada em razão de não se sentir reconhecida por uma maioria, apesar de compartilhar o mesmo espaço geográfico. O segundo aponta que não há existência de renúncia de identidades pelos indivíduos e pelos povos no contexto da democracia moderna.

Noutra senda, Walsh (2002, p.21) apresenta o multiculturalismo a partir das divergências com a interculturalidade, questionando quais as implicações desta diferenciação para o campo jurídico. Outra interrogação da autora segue sobre a existência da diferença entre a pluralidade jurídica e a interculturalidade, culminando-se na discussão sobre a possibilidade de uma convergência intercultural e jurídica.

Walsh (2002, p.21) parte de uma perspectiva crítica das estruturas e instituições da sociedade, destacando a insuficiência das leis em si mesmas e, no entanto, reconhece a importância do direito para a convivência social.

Há em alguns países da América Latina e do mundo uma nova conjuntura política, também com tensões e paradoxos, que permite espaço e legitimidade para o multiculturalismo e a interculturalidade, em que os Estados reconhecem a diversidade étnica e cultural com outorga de direitos específicos (Walsh, 2002, p.22).

Um destes paradoxos é indicado como elemento de diferenciação entre o multiculturalismo e a interculturalidade, segundo as palavras de Walsh (2002):

Sí la *interculturalidad* se funda en la necesidad de construir relaciones *entre* grupos, como también *entre* prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales, la *multi o pluriculturalidad* simplemente parte de la pluralidad étnico-cultural de la sociedad y del derecho a la diferencia (WALSH, 2002, p.24) (grifos no original).

Walsh (2002, p.25) destaca o multiculturalismo como um movimento importante e necessário de diversidade,

reconhecimento e inclusão cultural, só que não deixa de interrogar a transformação/conversão por ele sofrida de lutas das culturas excluídas em política de Estado, acarretando, inclusive, o questionamento se de fato este movimento intenta confrontar as assimetrias e promover relações equitativas.

Mientras que la *multi o pluriculturalidad* parte de la pluralidad étnico- cultural y el derecho a la diferencia, y opera principalmente por el reconocimiento y la inclusión dentro de lo establecido, la *interculturalidad*, en la manera que ha venido proponiéndola el movimiento indígena, se centra en la *transformación* – de las relación entre pueblos, nacionalidades y otros grupos culturales, pero también del Estado, de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas, y de las políticas públicas (WALSH, 2002, p.26) (grifos no original).

O conceito de interculturalidade⁸ abarca a diversidade, o reconhecimento e a inclusão, mas não dá enfoque apenas às diferenças culturais, já que parte também das diferenças coloniais, numa tentativa de apresentar alternativas de negociações das

⁸ Wash (2002, p.115) reconhece a polissemia da expressão interculturalidade e ressalva que para *“Hablar del tema de la interculturalidad necesariamente requiere aceptar la coexistencia de interpretaciones diferentes de este concepto que corresponden a historias locales y realidades sociales que, sin embargo, se hallan imbricadas en diseños globales”*. A autora prossegue a evidenciar suas intenções: *“a) la lucha social sobre la producción de significados que forma parte del uso y de la conceptualización de la interculturalidad en el Ecuador, b) las construcciones y subversiones del término que se elaboran a partir de quienes ocupan posiciones dominantes y/o subalternas. Estas últimas tienen sus raíces en la colonialidad del poder, la economía política y las diferencias no solo culturales sino coloniales y epistémicas. Frente a estas subversiones y a partir de las nuevas construcciones, intento hacer un balance de la manera como la interculturalidad está emergiendo como paradigma y proyecto social, político y epistemológico, y los horizontes que esta abre”* (WALSH, 2002, p.116).

interrelações entre o particular e o universalismo pluralista (WALSH, 2002, p.27).

Uma cautela deve ser tomada, para não se resvalar a interculturalidade em fundamentalismo e etnicismo e, portanto, em maior exclusão e separação: evitar a concepção restrita da interculturalidade como um problema-tema exclusivamente indígena, ocultando a compreensão como problema histórico e estrutural da sociedade (WALSH, 2002, p.32).

Nota-se assim e até o momento, pelas posições adotadas por Taylor e Walsh, a variedade e complexidade sobre as discussões e as diferentes propostas desenvolvidas acerca do multiculturalismo, sem desconsiderar a existência de inúmeras outras abordagens que fogem a proposta e objeto desta pesquisa. Daí, nesta dissertação a opção pela abordagem do multiculturalismo desenvolvido por Santos e Nunes para apresentar uma compreensão de acesso à justiça aos povos indígenas a partir das teses desenvolvidas pelos autores.

Não sem razão, Santos e Nunes (2003, p. 25) discorrem igualmente sobre o significado do termo multiculturalismo, evidenciando-se assim a sua inserção dentro de um jogo de tensões situado entre o anseio pelo reconhecimento da diferença e pela implementação da igualdade.

A origem da expressão multiculturalismo relaciona-se ao reconhecimento da coexistência de diversidade cultural ou de grupos com culturas diferentes no contexto da sociedade moderna. Assim como ocorre com a expressão multiculturalismo, o termo “cultura”⁹, também é explicitamente palco de lutas políticas (SANTOS; NUNES, 2003, p. 26).

⁹ Santos e Nunes (2003, p.28) apresenta basicamente duas maneiras de se abordar o termo cultura, indicando-o também como um campo de lutas e contradições. O primeiro modo, considera a cultura como “[...] repositório do que de melhor foi pensado e produzido pela humanidade, a cultura, neste sentido, assenta em critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam” (SANTOS; NUNES, 2003, p.27). De outro lado, aponta outra concepção, “[...] que coexiste com a anterior, reconhece a pluralidade de culturas, definindo-as como totalidades complexas que se confundem com as sociedades, permitindo caracterizar modos de vida assentes em condições materiais e simbólicas. Esta definição leva a estabelecer distinções entre culturas que podem ser consideradas seja como

Constata-se, desta forma, a possibilidade de se pensar o multiculturalismo a partir da descrição da existência da multiplicidade cultural no mundo, da coexistência de diferentes culturas em um único Estado-nação e também a interinfluência destas culturas tanto na dimensão de um Estado-nação como além deste (SANTOS; NUNES, 2003, p. 28).

No entanto, a tensão, que remete a críticas amplas e com fundamento ideológico divergente, reside principalmente a partir do projeto político a que se propõe o multiculturalismo. Neste sentido:

É o grau em que o multiculturalismo como descrição das diferenças culturais e dos modos da sua inter-relação se sobrepõe ao multiculturalismo como projeto político de celebração ou reconhecimento dessas diferenças que tem suscitado críticas e controvérsias, vindas tanto de setores conservadores quanto de diferentes correntes progressistas e de esquerda. As críticas conservadores têm encontrado expressão e eco sobretudo nos Estados Unidos da América, como resposta às transformações na composição étnica da população americana; à presença crescente de imigrantes, sobretudo de um forte contingente de imigrantes ilegais com origem na América Latina; aos programas de discriminação positiva dirigidos a grupos excluídos ou marginalizados, como os afro-americanos ou os hispânicos; ao desenvolvimento, no meio acadêmico, de programas de estudos culturais e de estudos sobre as mulheres, e às transformações no *curriculum* de áreas tradicionais como literatura destinadas a conferir visibilidade e voz à mulheres e às minorias, e, finalmente, ao surgimento, no

diferentes e incomensuráveis, e avaliadas segundo padrões relativistas, seja como exemplares de estágios numa escala evolutiva que conduz do 'elementar' ou 'simples' ao 'complexo' e do 'primitivo' ao 'civilizado'" (SANTOS; NUNES, 2003, p.27).

espaço público, de movimentos defendendo políticas de identidade baseadas no reconhecimento da sua diferença (SANTOS; NUNES, 2003, p. 28-29).

Embora não haja uniformidade quanto ao pensamento dos setores progressistas no que se refere ao multiculturalismo, Santos e Nunes (2003, p. 30-32) apresentam as principais críticas do setor, que apontam: (a) o multiculturalismo como conceito eurocêntrico, ligado majoritariamente ao contexto imigratório dos países do norte e que, no sul, ganha respaldo como retórica e agenda política dos Estados; (b) como nova expressão de racismo e de uma lógica cultural inserida no capitalismo global; (c) como tendência “descritiva” e “apolítica”, desconsiderando as tensões decorrentes das relações de poder; (d) quando presente a politização, o multiculturalismo se restringe a um pequeno grupo ou região, que ganham um “*status* especial”, desde que subordinados à ordem constitucional do Estado-nação; (e) como conceito, no âmbito ciências sociais e dos estudos culturais e pós-coloniais, desconsidera situações de mobilidade forçada e não trata de forma diferenciadas as diversas migrações que ocorrem no mundo e, finalmente; (f) a impertinência da utilização do termo para designar para diferentes contextos e experiências .

Sem desconsiderar as diversidades das críticas e as tensões em relação ao significado do termo, Santos e Nunes (2003) esclarecem que o multiculturalismo pode ter uma perspectiva emancipatória, desde que se especifique as condições do projeto que se pretende realizar.

Apesar das críticas acima enunciadas, o termo “multiculturalismo” generalizou-se como modo de designar as diferenças culturais num contexto transnacional e global. Isso não significa, contudo, que tenham sido superadas as contradições e tensões internas apontadas pelos críticos. De fato, a expressão pode continuar a ser associada a conteúdos e projetos emancipatórios e contra-hegemônicos ou a modos de regulação das diferenças no quadro do exercício da hegemonia nos Estados-nação ou em escala global. É importante, por isso, especificar as

condições em que o multiculturalismo como projeto pode assumir um conteúdo e uma direção emancipatórios (SANTOS; NUNES, 2003, p. 33).

A partir de casos práticos, Santos e Nunes (2003) apresentam cinco teses sobre multiculturalismos emancipatórios e escalas de lutas contra a dominação.

A primeira tese parte da percepção do modo de vida dos povos indígenas (América, Nova Zelândia, Índia) e povos rurais da África que partem de uma compreensão sobre “[...] comunidade, a relação com a natureza, o conhecimento, a experiência histórica, a memória e o espaço configuram modos de vida que não são redutíveis às concepções e culturas eurocêntricas” (SANTOS; NUNES, 2003, p. 60).

Tese 1: Diferentes coletivos humanos produzem formas diversas de ver e dividir o mundo, que não obedecem necessariamente à diferenciações eurocêntricas como, por exemplo, a que divide as práticas sociais entre a economia, a sociedade, o Estado e a cultura, ou a que separa drasticamente a natureza da sociedade. Está em curso uma reavaliação das relações entre essas diferentes concepções do mundo e as suas repercussões no direito e na justiça (SANTOS; NUNES, 2003, p. 60).

Já nesta primeira tese, nota-se a dificuldade de se discutir acesso à justiça com elementos exclusivos dos ordenamentos positivos ocidentais com seus elementos e pressupostos. Daí, Santos e Nunes (2003) criticarem o uso dos modelos políticos e jurídicos eurocêntricos:

A adoção de modelos políticos e jurídicos eurocêntricos, supostamente de validade universal, como a ordem econômica neoliberal, a democracia representativa ou o primado do direito de raiz liberal [...] baseada em formas de dominação fundadas em diferenças de classes, étnicas, territoriais, raciais ou de sexo, e na negação das

identidades e direitos coletivos, considerados incompatíveis com as definições eurocêntricas de uma ordem social moderna (SANTOS; NUNES, 2003, p. 61).

Na segunda tese, diversos casos práticos são apresentados por Santos e Nunes (2003) no intuito de identificar diversas opressões e diferentes lutas e pleitos, como é o caso, por exemplo, das moçambicanas sindicalistas que lutam contra os processos de exclusão e desigualdades nos sindicatos, sendo atingidas de duas formas, como mulheres e trabalhadoras; e também os embates contra as multinacionais e o próprio Estado em várias regiões da Índia pelo desrespeito ao meio ambiente e ao modo de viver local.

Tese 2: Diferentes formas de opressão ou de dominação geram formas de resistência, de mobilização, de subjetividade e de identidade coletivas também distintas, que invocam noções de justiça diferentes. Nessas resistências e em suas articulações locais/globais reside o impulso da globalização contra-hegemônica (SANTOS; NUNES, 2003, p. 61).

Sobre o processo de formação e estabelecimento das identidades coletivas nos diferentes contextos de lutas, Santos e Nunes (2003) apontam que “As identidades coletivas associadas a estas diferentes formas de lutas são o resultado emergente das próprias lutas, mesmo quando baseadas em condições ou em coletivos que preexistem a elas” e ainda que “As alianças forjadas no decorrer das lutas conferem aos atores nelas envolvidos o sentido de pertencer a uma comunidade” (SANTOS; NUNES, 2003, p. 62).

A partir da transformação das comunidades locais em comunidades imaginadas e inventadas é que há uma repercussão/transferência para do nível local para o nacional e transnacional (SANTOS; NUNES, 2003, p. 62). Contudo, os autores reconhecem que nem sempre esta transferência é viável e por diferentes motivos, como ocorre, por exemplo, com as mulheres e setores excluídos sul-africanos e moçambicanos que enfrentam um contexto ideológico e de práticas neoliberais avessos à agregação.

A terceira tese desenvolvida por Santos e Nunes parte da ideia de que “quanto maior for o círculo de reciprocidade definido por uma dada concepção de direitos e de justiça, tanto maior será a sua capacidade de inclusão de atores e de diálogo e concepções diversos” (SANTOS; NUNES, 2003, p. 63).

Tese 3: A incompletude das culturas e das concepções de dignidade humana, do direito e da justiça exige o desenvolvimento de formas de diálogo (a hermenêutica diatópica) que promovam a ampliação dos círculos de reciprocidade (SANTOS; NUNES, 2003, p. 62).¹⁰

O caso prático exemplificado na terceira tese é o dos *pactistas* na Colômbia e dos homossexuais em Portugal, e também dos movimentos indígenas no Brasil e dos u’wa na Colômbia, sendo que, nestes últimos exemplos, “A linguagem da cultura e do multiculturalismo é utilizada, nessas situações, como um recurso estratégico fundamental, como modo de tornar mutualmente inteligível e partilhável a reivindicação da diferença” (SANTOS; NUNES, 2003, p. 62).

Já a quarta tese foi descrita nos seguintes termos:

Tese 4: As políticas emancipatórias e a invenção de novas cidadanias jogam-se no terreno da tensão entre igualdade e diferença, entre a exigência de reconhecimento e imperativo da redistribuição (SANTOS; NUNES, 2003, p. 63).

¹⁰ Sobre a hermenêutica diatópica, tem-se que “[...] baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua por intermédio de um diálogo que desenrola, por assim dizer, com um pé em uma cultura e outro em outra” (SANTOS, 2003, p. 63).

Nota-se destaque para a tensão entre a igualdade e diferença, sendo que nem um nem outro, em si, traduzem necessariamente uma política emancipatória, podendo, inclusive, levar a uma consequência diversa:

[...] a afirmação da igualdade com base em pressupostos universalistas como os que determinam as concepções ocidentais, individuais, dos direitos humanos, conduz à descaracterização e negação das identidades, das culturas e das experiências históricas diferenciadas, especialmente à recusa do reconhecimento dos direitos coletivos. Mas a afirmação da diferença por si só pode servir de justificativa para a discriminação, exclusão ou inferiorização, em nome de direitos coletivos e de especificidades culturais (SANTOS; NUNES, 2003, p. 63).

Diante destas tensões e dilemas, Boaventura de Sousa Santos entende que se deve “[...] defender a igualdade sempre que a diferença gerar inferioridade, e defender a diferença sempre que a igualdade implicar a descaracterização” (SANTOS; NUNES, 2003, p. 64).

Um dos exemplos que subsidiou a quarta tese encontra respaldo na política de integração dos indígenas Brasil e na Colômbia antecedentes à década de 90 do século passado:

[...] as políticas de integração dos indígenas no Brasil e da Colômbia na cidadania liberal como indivíduos autônomos e “livres” de vínculos coletivos significaram na prática a negação dos direitos coletivos dos povos indígenas, do direito ao seu território e afirmados, através de suas lutas, nas Constituições de 1988 e 1991, respectivamente, consagrando uma ordem constitucional multicultural (SANTOS; NUNES, 2003, p. 64).

Por fim, a quinta tese enfatiza as alianças que devem ser formadas no processo emancipatório bem como o seu nível de alcance:

Tese 5: O sucesso das lutas emancipatórias depende das alianças que os seus protagonistas são capazes de forjar. No início do século XXI, essas alianças têm de percorrer uma multiplicidade de escalas locais, nacionais e globais e têm de abranger movimentos e lutas contra diferentes formas de opressão (SANTOS; NUNES, 2003, p.64).

As alianças indicadas por Santos e Nunes (2003) como casos práticos foram de repercussão internacional, que vão desde a resistência popular no Timor Leste, as lutas dos povos indígenas na América Latina ao movimento “lesbgay” em Portugal.

Sobre as alianças com o Estado, ganha-se projeção a estratégia de se articular a partir das suas contradições internas e também pelo acionamento dos sistemas internacionais de jurisdição:

A consolidação de lutas por direitos coletivos e pela justiça em escala local depende, por um lado, das articulações que mobilizem o Estado nacional como garantia desses direitos e dessa justiça, e, por outro lado, das solidariedades transnacionais. Em muitas circunstâncias, as alianças com setores do Estado, explorando tensões e contradições internas deste, ou a mobilização do poder judicial, podem fazer a diferença entre lutas bem-sucedidas e lutas fracassadas. Na medida em que os processos de globalização geram definições de direitos em várias escalas que afetam a definição local dos direitos, o recurso a instâncias judiciais internacionais pode constituir um elemento importante de alianças emancipatórias locais (SANTOS; NUNES, 2003, p.65).

Elencadas as cinco teses que subsidiam o “multiculturalismo emancipatório”, passa-se ao segundo capítulo, em que se discorrerá sobre os direitos indígenas para compreender os avanços e retrocessos atuais, as principais distinções e atos normativos, nacionais e internacionais, que

permitirão ao final traçar as relações conclusivas com a atuação da Defensoria Pública.

2. DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: REGISTROS HISTÓRICO-NORMATIVOS E SITUAÇÃO ATUAL

2.1 Arcabouço jurídico-normativo brasileiro e o declínio da política indigenista integracionista ou assimilacionista

A compreensão das fontes normativas dos direitos dos povos indígenas passa pelo conhecimento e discussão da política indigenista adotada pelo Brasil. Mais adequado seria falar-se em políticas indigenistas, no plural, já que desde o séc. XVI opera-se uma escolha da forma de tratamento do Estado em relação aos povos indígenas, seja pelo Estado português, seja pelo Estado brasileiro com a sua independência no séc. XIX.

Assim, alguns apontamentos históricos serão realizados, sem, contudo, implicar uma pesquisa historiográfica, que conta com método e mecanismos de pesquisas peculiares à respectiva área de conhecimento. O objetivo é de se permitir uma compreensão genérica do contexto em que se desenvolveram as políticas indigenistas no Brasil para, então, debruçar-se com mais afinco nos instrumentos normativos positivos que se dedicam aos direitos dos povos indígenas.

Cumpra antes, porém, diferenciar o direito indígena e o direito indigenista, esclarecendo que nesta dissertação a análise, em razão até da metodologia de pesquisa adotada, será dedicada a análise do desenvolvimento e efetivação do direito indigenista, mas sem observância estrita a nomenclatura apresentada:

[...] direito indígena é o conjunto de normas e procedimentos, internos a uma comunidade indígena, que seja capaz de regular as relações no âmbito desta mesma comunidade e que para sua constituição concorram, em maioria, os elementos típicos do modo de vida peculiar e característico dos próprios povos aborígenes. O direito indigenista é o ramo do direito positivo vigente na sociedade nacional que tem por função regulamentar a convivência entre as sociedades indígenas e esta mesma sociedade nacional. O direito indigenista, portanto, é um direito ocidental ('branco') criado para reger as relações dos

indígenas com a sociedade envolvente (ANTUNES, 1998, p. 136).

Destaca-se que desde o período colonial há um número expressivo de normas jurídicas criadas e relacionadas aos índios, porém “[...] esses atos legislativos foram de rotina elaborados sem preocupação algum com o direito indígena, ou seja, aquele concebido no seio da comunidade indígena de acordo com os usos e costumes” (SANTOS FILHO, 2005, p. 17).

Mesmo com inúmeros atos legislativos editados por Portugal, Souza Filho (1998) registra que a aplicação e interpretação sempre se operou em observância das Ordenações do Reino:

Embora tenha editado muitas leis sobre os povos indígenas no Brasil, Portugal não construiu nada parecido com as “*Leyes de Indias*”. As Ordenações do Reino, leis vigentes e dirigidas a Portugal na época da colônia, tiveram vigência integral e sua adaptação se fez por interpretação não raro em mutações não explícitas, como o caso das sesmarias.

Toda a legislação do século XVI é pendular, determina bom tratamento aos indígenas que se submetessem à catequese e guerra, certamente justa, aos que se mostrassem inimigos. A ordem era destruir as aldeias, levar em cativeiro e matar para exemplo dos demais (SOUZA FILHO, 1998, p. 53).¹¹

A partir da transformação de São Paulo indígena, no século XVI, Monteiro (1994, p.18) aponta a profunda influência e a densidade da história do Brasil indígena na formação da Colônia e o seu contexto inicial de contradições das relações luso-indígenas, culminando-se com uma desorganização das

¹¹ Santos Filho (2005, p. 24) refere-se a “*Leyes de Indias*” como um “[...] sistema jurídico complexo produzido pela Espanha para seu império americano, fortemente influenciado por Frei Bartolomé de Las Casas e Francisco de Vitória, tido como criador do direito internacional”.

sociedades indígenas, o declínio da densidade demográfica dos povos nativos e com a origem da escravidão no Brasil.

Colaço (2006, p. 73) destaca ainda que “a partir do primeiro contato entre europeus e os indígenas surge na América a problemática jurídica da terra e das relações sociais entre conquistadores e conquistados”, e no que se refere à disputa territorial permanecem a discussão, os embates e resistências na realização da demarcação das terras indígenas pelo Estado brasileiro.

Sobre a realidade social e o conflito de identidade dos indígenas e dos brancos em São Paulo, Monteiro (1994, p. 211) escreve que mesmo os grandes proprietários tinham dificuldade em ocultar a ascendência indígena e destaca o caráter discriminatório da sociedade da época construído num contexto escravocrata indígena “[...] com a evolução da escravidão, a proximidade étnica cedia lugar a distinções baseadas em posição social e nas relações de produções, que permaneciam importantes para a maioria dos senhores de escravos índios”.

Neste processo de escravidão, a liberdade dos índios era conquistada por meio da alforria dos senhores ou por meio de fugas individuais. No início do séc. XVIII, com fulcro na carta régia de 1696, já há a judicialização das demandas indígenas, como mais um mecanismo de luta pela autonomia e liberdade:

[...] os índios começavam a conscientizar-se das vantagens do acesso à justiça colonial, sobretudo com respeito à questão da liberdade. Isso foi possível, em larga medida, devido às reformas administrativas que foram implantadas a partir da década de 1690. Estas reformas, embora alcançando êxito apenas parcial, visavam subordinar a região à autoridade da coroa, entendido isto como particularmente necessário depois da descoberta de ouro nas Gerais. A maneira mais direta de efetivar tal subordinação seria através da intromissão da coroa nas relações entre colonos e índios. Apesar de não abolir efetivamente a escravidão indígena - a “abolição” já tinha sido feito inúmeras vezes - , a presença da administração real na questão indígena em São Paulo neste período, de fato

acelerou o processo de desagregação (MONTEIRO, 1994, p.215).

Apesar da movimentação para incluir as demandas indígenas sob o espectro da justiça colonial, as contradições das decisões tomadas ficaram evidentes, porque a justiça amparava principalmente os colonos:

Um dos resultados diretos deste movimento foi a maior disponibilidade da justiça colonial nas disputas em torno da questão indígena. Pela primeira vez, surgia uma base pela qual a legislação referente à liberdade dos índios foi defendida. Durante o século XVII, tentativas de adequar as relações de trabalho vigentes ao corpo legislativo indigenista fracassaram, justamente pelas contradições ali suscitadas. Os colonos, amparados pela justiça ordinária, sediada aliás nas câmaras municipais, forjaram os contornos institucionais do serviço obrigatório a título de direitos adquiridos, ou seja, provenientes do "uso e costume." Assim, quando surgiu um questionamento em torno do direito de transmissão dos índios a herdeiros, prevaleceu o "uso e costume". Em outro caso notável - um litígio sobre a posse de alguns cativos -, apesar de exaustiva citação da legislação indigenista, o direito da propriedade tomou precedência sobre o direito da liberdade (MONTEIRO, 1994, p.216).

No entanto, Monteiro (1994, f. 216) aponta novas tendências em São Paulo, no final do séc. XVII, com a atuação da justiça régia e com vinda do primeiro ouvidor permanente, *“a partir de então, os próprios índios passaram a ser freqüentes autores de petições e litígios, buscando a liberdade, a partir de argumentos fundamentados num conhecimento da legislação em vigor”*.

Dallari (2000) registra neste período colonial, e mesmo após a proclamação da independência brasileira, uma proteção judicial que se faz com base numa legislação que oscila entre a violência – “[...] incluindo desde a expressa declaração de guerra aos índios e a autorização para escravizá-los até o aldeamento compulsório

para ‘catequese e civilização’ ” (DALLARI, 2000, p. 34) – e a vaga proteção a liberdade dos indígenas.

Por outro lado, Monteiro (1994, p.218) esclarece o significado social da conquista da liberdade dos indígenas nos processos judiciais coloniais, evidenciando um contexto de distanciamento da identidade indígena:

A partir do conjunto das ações litigiosas movidas por “descendentes de carijós”, delineava-se o processo de desagregação da escravidão indígena com importantes implicações para a questão da identidade étnica da população local. De fato, a maior parte dos litigantes que alcançava sentenças favoráveis passava a integrar a camada mais numerosa da sociedade paulista, composta de lavradores pobres e agregados livres, os precursores da “sociedade caipira” tão fartamente estudada no presente século. Da mesma forma, apenas uma minoria de índios alforriados “reintegrava-se” aos aldeamentos da região, seguindo uma estipulação da política indigenista do início do séc. XVIII. Portanto, neste processo, a tendência principal era o afastamento do passado e da identidade indígenas (MONTEIRO, 1994, p.218).

Já no período imperial, em que se marca a formação do Estado brasileiro, a concepção dos direitos indígenas, também passa ao largo de uma efetiva compreensão que parte da perspectiva dos povos indígenas. Souza Filho (2003) ao denunciar a falaciosa política integracionista escreve como o exercício dos direitos indígenas eram restritos e como as políticas públicas eram voltadas a cumprir a vontade dos Estados nacionais, desconsiderando os direitos coletivos dos povos indígenas:

A criação dos Estados nacionais latino-americanos, seguindo o modelo europeu, se deu com a redação de uma constituição que estabelecia um rol de direitos e garantias individuais. Isto significou o esquecimento de seus índios e a omissão de qualquer direito

que não fosse a possibilidade de aquisição patrimonial individual. Portanto, aos índios sobrou como direito a possibilidade de integração como indivíduo, como cidadão ou, juridicamente falando, como sujeito individual de direitos. Se ganhava direitos individuais, perdia o direito de ser povo (SOUZA FILHO, 2003, p. 78).

Cunha (2013) retrata como a política indigenista modifica-se no século XIX com a presença da Corte portuguesa e a limitada restrição à fala dos indígenas perante o Estado:

Outra característica do século XIX é o estreitamento da arena em que se discute e decide a política indigenista. Se durante três séculos ela oscilava em função de interesses básicos, o dos moradores, o da Coroa e dos jesuítas, com a vinda da corte portuguesa, em 1808, a distancia ideológica entre o poder central e local encurta-se na proporção da distância física. Desde 1759, quando o marquês de Pombal havia expulsado os jesuítas, nenhum projeto ou voz dissonante se interpunha no debate: quando missionários são reintroduzidos no Brasil, na década de 1840, ficarão estritamente a serviço do Estado. Os grupos indígenas, sem representação real em nível algum, só se manifestam por hostilidade, rebeliões e eventuais petições ao imperador ou processos judiciais (CUNHA, 2013, p. 83).

A primeira Constituição brasileira é datada de 1824, outorgada sob a égide do Estado imperial e que teve maior tempo de vigência na história das constituições brasileiras, tendo significado importante por se tratar da primeira constituição após a independência do Brasil.

No entanto, a Constituição Imperial¹² foi silente quanto aos direitos indígenas, mas trouxe previsão em 1834, com a primeira

¹² A Constituição de 1824, de inspiração francesa, estruturou o Estado da seguinte forma: “Declarou o Brasil como um Império, organizando-o como

revisão constitucional, por Ato Adicional à Constituição, da catequização e da civilização dos indígenas pelas Assembleias-Gerais e pelo governo e, portanto, uma atribuição de competência dos órgãos gerais e locais (SANTOS FILHO, 2005, p. 32).

Nestes termos, a lei n. 16/1834 traz o adicional à constituição de 1824:

Art. 11. Também compete às Assembléas Legislativas Provincias:

[...]

§ 5º Promover, cumulativamente com a Assembléa e o Governo Geraes, a organização da estatística da Provincia, a catechese, e civilisação dos indigenas, e o estabelecimento de colonias.

Santos Filho (2005), no entanto, alerta que a legislação imperial, incluindo a constituição, representou grande prejuízo aos direitos territoriais indígenas:

As normas postas durante o Império representaram grande prejuízo aos índios. O silêncio da primeira Constituição brasileira e o rigor da exigência de titulação de posse para reconhecimento da propriedade das terras, contida na Lei das Terras (1850), tiveram o efeito de legitimar e incrementar o processo de espoliação das terras dos índios, levado a efeito pelas companhias colonizadoras e pelos próprios colonos (SANTOS FILHOS, 2005, p.33).

Em 1891, foi promulgada a primeira Constituição da República, sob inspiração da constitucionalismo norte-americano e, portanto, de um sistema presidencialista de governo (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 507), mas que também permaneceu omissa em relação aos direitos indígenas.

Estado Unitário (art 1º); dividiu o território em províncias, nas quais foram transformadas as capitanias então existentes, sendo essas províncias administradas por um presidente de livre nomeação do Imperador (arts. 2º e 165) e estabeleceu um Governo Monárquico hereditário, constitucional e representativo (art. 3º)“ (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 505).

No entanto, a Constituição de 1891 gerou celeuma em relação a possível interpretação equivocada sobre a transferência das terras indígenas ao Estado (MACEDO, 2009, p.107), conforme previsão constitucional abaixo transcrita.

Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territorios. Cabendo à União sómente a porção de territorio que for indispensavel para a defesa das fronteiras, fortificações, construcções militares e estradas de ferro federaes.

Paragrapho unico. Os proprios nacionaes, que não forem necessarios para serviços da União, passarão ao dominio dos Estados, em cujo territorio estiverem situados.

Macedo (2009, p. 107) registra que a Constituição de 1891 transferiu apenas “[...] as terras devolutas, dentre as quais aquelas decorrentes dos aldeamentos extintos. Significa dizer que: nem as terras dos aldeamentos não extintos, e nem as terras imemoriais indígenas poderiam ser consideradas devolutas”.

Cunha (2013, p. 81-82) aponta o século XIX como “um século heterogêneo, o único que conheceu três regimes políticos: embora dois terços do período se passem no Império, ele começa ainda na Colônia e termina da República” e, no que tange à política indigenista, destaca que “a questão indígena deixou de ser essencialmente uma questão de mão de obra para se tornar uma questão de terras”.

Neste sentido, Macedo (2009), também desta a preocupação do Estado brasileira com a ocupação das terras no Século XIX:

Também é desse tempo o fato de as fronteiras brasileiras ainda se encontrarem em expansão, daí o crescente interesse do Império na questão das terras indígenas, tratando-se de alargar os espaços transitáveis e aproveitáveis, inclusive aqueles de ocupação tradicional indígena, restringindo-se, assim, o acesso à propriedade fundiária a alguns poucos, ao mesmo tempo em que se tenta converter em assalariada a incipiente

população que viria constituir a “raça brasileira”, por meio da integração e miscigenação de brancos, negros libertos e índios aculturados (MACEDO, 2009, p. 103).

A questão da terra ainda ocupa lugar central na política indigenista atual, cumprindo citar o litígio Raposa Serra do Sol, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que o tema central era as demarcações das terras indígenas, num conflito que envolveu diversos interesses como, por exemplo, de particulares locais à União e ao próprio Estado de Roraima.

Na regência da Constituição de 1891, “[...] foi editado o Decreto 8.072, de 20.06.1910, sendo criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que foi transformado, em 1918, no Serviço de Proteção ao Índio (SPI)” (SANTOS FILHO, 2005, p. 34).

O SPI foi o primeiro órgão estatal no Brasil criado com a atribuição primordial para lidar diretamente com a questão indígena, ou seja, “[...] primeiro aparelho de poder governalizado instituído para gerir a relação entre os povos indígenas, distintos grupos sociais e demais aparelho de poder” (LIMA, 1992, p. 155), já que o SPILTN era integrante do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio.

Para Lima (1992, p. 156) o discurso da “história oficial” do SPI remonta um suposto debate público travado anos antes contra um projeto de extermínio dos povos indígenas no Brasil, sendo que para conduzir a direção do SPI foi escolhido o tenente-coronel Cândido Mariano da Silva Rondon. O autor alerta para o fato de que, para além da “história oficial”, duas dimensões deveriam ser analisadas no processo de criação do órgão: o ambiente político de constituição da instituição e também a rede social responsável pela relação que vinculou Rondon ao ministério, culminando-se numa geopolítica do serviço.

Lima (1992 p. 159) sem desconhecer a ideia de proteção insculpida na criação do órgão identifica que: “ainda que tenha-se dado, a proteção oficial manteria ao longo de toda existência do Serviço a intenção de transformar os índios em pequenos produtores rurais capazes de se auto-sustentarem, apesar de distintas visões de ser o indígena [...]”.

O Serviço de Proteção aos Índios (SPI) mantém sua duração até 1966, quando no ano seguinte a Fundação Nacional

do Índio (Funai) o substitui. Assim, é precisa a análise de Kayser (2010, p. 165) ao correlacionar a concepção evolucionista da política indigenista adotada e as atividades desenvolvidas pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI):

A concepção evolucionista da situação dos índios, como estágio de transição, foi confirmada novamente no Estatuto do Índio. Como objetivo da política indígena, o artigo 1 do Estatuto estabeleceu a manutenção da cultura indígena e, ao mesmo tempo, a integração progressiva e harmônica dos índios na sociedade nacional. O artigo 50 do Estatuto autorizava a continuidade da prática exercida pelo SPI na educação e na instrução dos índios, de acordo com a qual os índios eram preparados para sua integração na sociedade nacional por meio de um processo de compreensão gradual dos problemas gerais e dos valores da sociedade, com o aproveitamento de suas capacidades individuais. Essas normas permaneceram em vigor até a Constituição de 1988 [...] e constituíram a base da atividade da Funai.

Sob a égide também da Constituição de 1891, o Código Civil de 1916 previa um regime de incapacidades dos indígenas ao dispor em seu art.6º, parágrafo único, que “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação”. Neste contexto, a própria terminologia à época, ao se utilizar da expressão silvícola, traduz numa incompreensão do que é ser indígena, já que encerra sua proposição em um estereótipo de índio.

Numa visão ainda remanescente, o Código Civil de 2002 em seu artigo 4º, parágrafo único, aponta que “A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”. Ainda que tenha avançado por não reproduzir o texto de 1916, apresenta novamente a questão da (in) capacidade indígena, reforçando o entendimento anterior que faz da diferença um elemento de incapacidade, e não de autodeterminação.

Apenas com a Constituição de 1934¹³ há em seu texto inaugural a previsão acerca dos direitos indígenas, em dois artigos, 5º e 129, nos seguintes termos:

Art. 5.º Compete privativamente à União:

[...]

XIX - legislar sobre:

[...]

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nellas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado alienar-as.

Já se nota com o texto constitucional de 1934 a política integracionista pretendida pelo Estado brasileira, a partir da adoção dos termos “incorporação” e “silvícolas” e que se mostra de uma lógica contraditória proteger os direitos indígenas sem a condição ou o intento de conversão.

Há, contudo, uma linha condutora de toda a legislação, que é a de considerar os índios incapazes e somente passar a reconhecer-lhes capacidade jurídica plena, se e quando estiverem “aculturados” ou “integrados à comunhão nacional”. Ou seja, o reconhecimento dos direitos dos indígenas só é concretizado se os índios deixarem de ser índios. Uma contradição em seus próprios termos (ANTUNES, 1998, p.150).

Conhecida como mais autoritária de todas as constituições (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 512), a constituição de 1937, no que se refere aos direitos indígenas, apenas reproduziu o texto da

¹³ A Constituição de 1934 também foi responsável por consignar aos direitos sociais no texto da constituição: “E ao lado dos clássicos direitos de defesa (direitos civis e políticos), reconheceu, sob a influencia da constituição alemã de Weimar (1919), os direitos sociais e econômicos, com título dedicado à ordem econômica e social (Título IV) e outro sobre a família, a educação e a cultura (Título V), consagrando entre nós um regime democrático social” (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 511).

constituição anterior, prevendo: “Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”.

É de Getúlio Vargas também a edição do Decreto-Lei n. 5540 de 1943 em que se designou o dia 19 de abril como “Dia do Índio”, que permaneceu no poder até 1945, quando deixou o cargo (SANTOS FILHO, 2005, p. 41).

A constituição de 1946 também reproduz a Constituição de 1934, dispondo sobre o direito à terra, com ressalva para transferência, bem como a competência da União para legislar sobre a incorporação dos índios à comunhão nacional.

Art. 5º - Compete à União:

[...]

XV – legislar sobre:

[...]

r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

A Constituição de 1967 reproduz o teor das anteriores, mas inclui como bens da união as terras ocupadas pelos índios e, por outro lado, lhes assegura a posse permanente e o usufruto exclusivos dos recursos naturais e demais utilidades existentes, o que, no entendimento de Santos Filho (2005, p. 43), afastava do art. 11 da Convenção da 107 da OIT (1957) então ratificada no Brasil pelo Decreto n. 58.824/1966.

Art 4º - Incluem-se entre os bens da União:

[...]

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

[...].

Art 8º - Compete à União:

[...]

XVII - legislar sobre:

[...]

o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

[...]

Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Em 1967, a lei n. 5.371 extingue o SPI e autoriza a instituição da Fundação Nacional do Índio, que será mantida com o Estatuto do Índio de 1973, com a seguinte previsão de finalidades:

Art. 1º Fica o Govêrno Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos têrmos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com as seguintes finalidades:

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais;

b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de tôdas as utilidades nela existentes;

c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional;

d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sôbre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

VII - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

A Emenda Constitucional de 1969¹⁴, por outro lado, reformula a Constituição de 1967, mas, no tocante aos direitos indígenas, reproduz os artigos anteriores e acresce a seguinte disposição:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

A lei n. 6.001 de 1973, ainda vigente e conhecida como Estatuto do índio, foi editada sob a égide da Constituição de 1967,

¹⁴ Para Silva (1999, p. 89) trata-se de nova constituição, e não de emenda constitucional: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 chamava apenas Constituição do Brasil”.

já com a Emenda Constitucional de 1969, no contexto da ditadura militar.

A lógica que inspira este instrumento normativo é o da política integracionista, conforme já enunciado em seu artigo inaugural: “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

Colaço (2012, p. 110) registra que escopo inicial do Estatuto do Índio era ser uma norma provisória de garantia de direitos aos índios, objetivava garantir alguns direitos de forma temporária aos indígenas que, com o tempo, perderiam a cultura original e seriam incorporados à comunidade nacional, não sendo mais índios nem gozando os direitos concedidos sob esta condicionante.

Schneider (2016) escreve que mesmo no contexto de violência e opressão da ditadura militar, os indígenas resistiram e conseguiram atuar na Constituinte de 1987, que resultou na Constituição de 1988.

No entanto, os indígenas não foram eliminados apesar de toda a violência sofrida e houve resistência e luta organizada, conforme tentou-se divulgar e incutir no imaginário social. A partir da década de 1970, com apoio das organizações não governamentais de apoio aos índios, e em especial na década de 1980 se organiza um movimento indígena de proporções e âmbito nacional. Disso decorre a atuação indígena na Constituinte de 1987, com destaque para a União das Nações Indígenas, a UNI, organização que contribui no debate e na campanha dos direitos indígenas na ocasião e que felizmente obteve êxito com a inserção das garantias indígenas no texto constitucional brasileiro de 1988 (SCHNEIDER, 2016, p.42).

No entanto, a Constituição de 1988, dentro do contexto brasileiro, representa um verdadeiro avanço normativo, pois pela primeira vez “estabelece novos elementos jurídicos para fundamentar as relações entre os índios e os não índios e garantir

a manutenção de seus direitos diante da sociedade nacional" (COLAÇO, 2012, p.111).

Desta forma, toda a legislação indígena deve-se curvar ao texto constitucional, porquanto uma das inovações é o fim das "perspectivas assimilacionistas e integracionistas das constituições anteriores: o índio adquire o direito à alteridade, isto é, respeita-se a sua especificidade étnico-cultural, garantindo-lhe o direito de ser e de permanecer índio" (COLAÇO, 2012, p.111).

Contudo, embora a Constituição de 1988 tenha apontado avanços no tratamento dos direitos indígenas, especialmente no que se refere ao reconhecimento dos direitos originários territoriais e da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, o arcabouço normativo anterior, inspirado sob a política integracionista e assimilacionista, ainda continua a legitimar a atuação jurisdicional do Estado.

A constituição de 1988 trouxe as seguintes disposições em seu texto:

Art. 20. São bens da União:

[...]

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XIV - populações indígenas;

[...]

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

[...]

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

[...]

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

~~§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.~~

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

[...]

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

[...]

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a

utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[...]

CAPÍTULO DOS ÍNDIOS

VIII

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

Perez (2006, p. 183) aponta duas inovações pelo menos com a Constituição de 1988 em relação aos direitos indígenas, sendo a primeira delas “[...] o abandono de uma perspectiva assimilacionista que entendia os índios como categoria social transitória, fadada ao desaparecimento” e a segunda inovação a previsão de que “[...] os direitos dos índios sobre suas terras são definidos enquanto direitos originários, isto é, anterior à criação do próprio Estado. Isto decorre do reconhecimento do fato histórico de que os índios foram os primeiros ocupantes do Brasil”.

Kaingang (2015), notável liderança indígena do sul do Brasil e falecida em 2016, reconhece a participação dos povos indígenas

na Constituição de 1988 e as conquistas decorrentes, mas alerta para o fato do retrocesso político-institucional em relação aos direitos indígenas diante da ausência de efetivação e do risco em serem atingidos e extintos.

Então, passados 25 anos da Constituição, da década de 2000 pra cá vira, ou seja, a Constituinte de 88 teve uma participação do povo brasileiro e de nós Povos Indígenas, hoje os nossos direitos conquistados através de uma Constituição Federal, através das convenções internacionais, através de uma legislação indigenista, passados 25 anos da Constituição deveriam ter demarcado todas nossas terras e não foram. Hoje há um retrocesso de todos esses direitos conquistados. Ao invés de hoje, passados esses 25 anos, nós estarmos na efetivação concretamente e execução desses direitos conquistados, hoje nós estamos lutando para que esses direitos permaneçam, ao invés de estarmos lutando pela efetivação desses direitos serem executados de forma concreta em relação aos nossos povos indígenas e aos nossos desejos e reivindicações. Então, hoje estamos vivendo uma situação de muita violência contra nossos os povos indígenas. Há um grande retrocesso nessa conjuntura política atual em que os três poderes, legislativo, executivo e judiciário se organizaram, se articularam para que houvesse um retrocesso nos direitos conquistados pelos povos indígenas (KAINGANG, 2015, p. 24).

A leitura das normas do direito brasileiro não pode se afastar da análise dos instrumentos jurídicos internacionais sobre direitos dos povos indígenas, até porque, em muitos casos, o contexto de edição ou momento de vigência das normas internacionais exerceu influencia internamento na forma de compreensão destes direitos. Assim, o próximo item tem o objetivo de explicitar os principais instrumentos jurídico-normativos internacionais que tratam dos direitos dos povos indígenas.

2.2 Arcabouço jurídico-normativo internacional e o sistema interamericano de direitos humanos na defesa dos direitos dos povos indígenas

Os instrumentos jurídicos normativos internacionais representam grande importância na proteção aos direitos dos povos indígenas e também influência no processo de discussão e elaboração das legislações interna dos países.

Neste sentido, a Organização Internacional do Trabalho destaca-se, dentre as organizações internacionais, pela preocupação na defesa dos direitos dos povos indígenas desde a sua criação em 1919, especialmente porque se constituíram em força de trabalho nas colônias (VELOZ, ABRAMO; 2005, p. 5).

Em 1921, a OIT deu início a uma série de estudos sobre as condições de trabalho dessas populações e, em 1926, instituiu uma Comissão de Peritos em Trabalho Indígena para dar continuidade aos trabalhos já iniciados e emitir recomendações com vistas à adoção de normas internacionais sobre a matéria (VELOZ, ABRAMO; 2005, p. 5).

A OIT possui como instrumentos jurídicos internacionais de referência em matéria de direitos indígenas duas principais convenções¹⁵, numeradas de 107 e 169, sem prejuízo de outras convenções que tratam dos direitos indígenas, como, por exemplo, a Convenção 104 de 1977 (Abolição das Sanções Penais no Trabalho Indígena).

As convenções editadas no âmbito da OIT têm natureza jurídica de tratados multilaterais abertos, porquanto não possuem destinatários certos e possibilitam a ratificação ou adesão por países pertencentes à organização, sendo instrumento destinado a traçar regramentos sobre o trabalho e questões conexas no âmbito internacional (MAZZUOLI, 2011, p. 1024-1026).

¹⁵ As convenções da OIT podem ser visualizadas, inclusive com referência à aprovação, ratificação, promulgação e vigência nacional no seguinte link: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm> Acesso em 07.01.2017.

Em 02.06.1957, entrou em vigor no âmbito internacional a Convenção n. 107 elaborada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹⁶ em 1957. No âmbito brasileiro, a Convenção n. 107/57 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 20 de 1965, promulgada por meio do Decreto Presidencial n. 58.824 de 1966 e com vigência a partir de 18 de junho de 1966, num total de 37 artigos divididos em 8 partes (I- Princípios Gerais, II- Terras, III- Recrutamento e condições de emprego, IV- Formação Profissional, Artesanato e Indústrias Rurais, V- Segurança Social e Saúde, VI- Educação e meios de informações, VII- Administração, VIII- Disposições Gerais), intitulada de “*Convenção sobre a Proteção a Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes*”.

Sobre a perspectiva assimilacionista adotada pela Convenção n. 107, Heintze (2009) escreve:

A Convenção 107 reflete sua posição de então sobre os indígenas, vistos como grupos “não civilizados”, que deveriam ser levados a um “nível cultural” mais adiantado. Baseia-se na ideia americana de um *melting pot*, segundo o qual os imigrantes teriam aberto mão de sua identidade em favor de uma nova nação americana uniforme. Assim sendo, a OIT aspirava em transformar os índios norte-americanos em cidadãos americanos “normais”, os Maoris em cidadãos neozelandeses “normais” etc. (HEINTZE, 2009, p. 312).

Em igual sentido, Kayser (2010) crítica a perspectiva adotada pela Convenção n. 107 que pressupõe e valor os povos indígenas como inferiores a outras culturas:

¹⁶ Sobre a OIT, Mazzuoli (2011, p. 635) escreve: “Trata-se de organização internacional criada pelo Tratado de Paz de 1919 (Tratado de Versailles), como parte da Sociedades das Nações (art. 6º), da qual recebia a receita necessária à satisfação de suas atividades. Nasceu como uma forma de anexo à Liga das Nações, não obstante dotada de total autonomia. Anos mais tarde, em outubro de 1946, a organização incorporou a Declaração de Filadélfia, de 1944, como anexo à Constituição da OIT”.

[...] deve-se renunciar às culturas indígenas em prol da cultura das partes restantes da comunhão nacional, por serem estas inferiores às culturas mais desenvolvidas da “comunhão nacional”, e porque a utilidade dos membros isolados estorva a comunhão nacional. Essa incorporação dos membros dos grupos populacionais cujas relações sociais e econômicas correspondem a um “nível menos desenvolvido” deve servir, entre outros motivos, para incentivar seu desenvolvimento social, econômico e cultural. Na formulação do objetivo da incorporação gradual, a Convenção parte do princípio de que, no caso dos indígenas, trata-se de uma parte da comunhão nacional inferior, de pouco valor, em um estágio transitório de evolução, que deve ser superado o mais rapidamente possível para o bem-estar dos indígenas (KAYSER, 2010, p. 333).

No entanto, naquele contexto e ainda que sob ressalvas, a Convenção n. 107/57 representou avanço, sendo que para Keppi (2001, p. 4) mesmo com “[...] visão integracionista e paternalista, fruto da década de 50, este documento foi um dos primeiros instrumentos jurídicos internacionais criados especificamente para proteção dos direitos de populações indígenas, tribais ou semi-tribais”.

No mesmo sentido, reconhecendo o significado histórico e a decadência da Convenção n. 107, Veloz e Abramo (2005) escrevem:

A própria Convenção nº 107, até então considerada um marco histórico no processo de emancipação social dos povos indígenas, passou a ser criticada por suas tendências integracionistas e paternalistas, fato admitido pelo próprio Comitê de Peritos que, em 1986, considerou-a obsoleta e sua aplicação inconveniente no mundo moderno (VELOZ, ABRAMO; 2005, p. 5).

Para Heintze (2009, p. 313) as críticas direcionadas à Convenção n. 107/57 ensejaram a adoção da Convenção n. 169/89: “O abandono do conceito de assimilação, o reconhecimento da nacionalidade e a concretização dos deveres jurídicos foram as questões centrais da revisão da Convenção n. 107, que, por fim, em 1989 [...]”

Kayser (2010) registra o período de vigência das duas principais Convenções dos direitos dos povos indígenas da OIT no Brasil, e escreve que:

Entre 1966 e 2003, esteve em vigor no Brasil a Convenção 107, sobre a proteção e a incorporação de populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, de 26 de junho de 1957. Em 18.06.1965, o Brasil ratificou a Convenção 107, que, conforme o artigo 31, parágrafo 2, entrou em vigor em 2.6.1959. Conforme o artigo 31, parágrafo 3 da Convenção, ela passou a vigorar no Brasil doze meses após a inscrição de sua ratificação (KAYSER, 2010, p. 332).

A convenção n.169 de 1989, também da OIT, foi promulgada no Brasil pelo decreto presidencial n. 5.051 de 2004, aprovada pelo decreto legislativo n. 143/02, com vigência interna a partir de 25 de julho de 2003, sendo único instrumento internacional vinculativo (*hard law*) específico sobre direitos dos povos indígenas (SCHNEIDER, 2016, p.95).

Intitulada de “Convenção n.169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais”, a convenção é compreendida em 44 artigos e dividida em 10 partes (I- Política Geral, II- Terras, III – Contratação e Condições de Emprego, IV- Indústrias Rurais, V- Seguridade Social e Saúde, VI- Educação e Meios de Comunicação, VII- Contatos e Cooperação através das Fronteiras, VIII- Administração, IX- Disposições Gerais, X- Disposições Finais).

A situação da inserção e incorporação de instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos dos povos indígenas no cenário brasileiro, não se deu de forma célere, eis que apenas em 2002 houve aprovação por meio de decreto legislativo.

Internacionalmente o Brasil insere, embora tardiamente, um marco em seu ordenamento jurídico nacional, ampliando o instrumental jurídico com o qual os povos indígenas utilizam na sua resistência à homogeneização há muito tempo, possibilitando reivindicações identitárias dos grupos étnicos com fundamento na Convenção 169 (ALBUQUERQUE, 2008, p. 240).

O intuito da Convenção n. 169 era nitidamente extirpar a perspectiva assimilacionista vigente até então, reconhecendo a capacidade dos povos indígenas se autogerirem, dispondo nos “considerandos iniciais” o seguinte:

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;

Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;

Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão freqüentemente;

A respeito desta Convenção, uma das grandes inovações em relação ao instrumento anterior de 1957 foi a inserção da

expressão povo, diferenciando-se de população, vinculada à ideia de identidade e organização social.

[...] possui como conceitos fundamentais o respeito a participação, cultura, religião, organização social e econômica e identidade própria dos grupos étnicos indígenas. A expressão “povos”, na Convenção 169, corresponde à ideia de que esses grupos étnicos não são populações, mas povos com identidade e organização social específicas. Esclarece-se ainda que a utilização do termo “povos” não deve recair sobre a interpretação dos direitos conferidos a esta expressão pelo direito internacional (ALBUQUERQUE, 2008, p. 237)

A Constituição de 1988 preocupou-se com as normas de direitos humanos não abarcados expressamente no texto constitucional, mas consignados em instrumentos jurídicos internacionais, tanto que em seu art. 5º, dispôs “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por outro lado, em 2004, foi incluído, por meio da Emenda Constitucional n. 45, no art. 5º, o seguinte: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, ou seja, prevendo o mesmo procedimento de elaboração das emendas constitucionais para os tratados e convenções sobre direitos humanos.

Weis (2011, p. 31-36) destaca que antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 haviam duas correntes interpretativas sobre o *status* das normas internacionais incorporadas ao ordenamento brasileiro. A primeira corrente sustentava que estas normas tinham hierarquia equivalente à de lei federal, enquanto a segunda compreendia como hierarquia de norma constitucional formal.

Com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, novo questionamento foi apresentado ao Supremo

Tribunal Federal no sentido de se esclarecer qual o *status* dos instrumentos internacionais sobre direitos humanos adotados pelo Brasil antes de 2004, não adotantes do rito procedimento de elaboração de emenda constitucional.

A compreensão da Corte foi de que estes tratados e convenções possuem o *status* normativos supralegal, ou seja, situando-se abaixo da Constituição, mas acima das normas do restante da legislação (Weis, 2011, p. 43). Neste sentido, o julgado referência acerca da prisão civil do depositário infiel:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675).

Desta forma, a Convenção n. 169/89 possui no âmbito brasileiro, sob a ótica jurisprudencial do STF, o *status* de norma supralegal, a não ser que passe por procedimento idêntico ao das normas constitucionais para obter *status* de norma constitucional.

No entanto, o entendimento do STF é criticável por ser mais restrito à efetividade dos direitos humanos, sendo que Weis (2011, p. 45) afirma que o mais adequado é que se conferisse *status* de norma constitucional independente do rito procedimento de emenda constitucional por se tratar de normas materialmente constitucionais: “[...] o reconhecimento da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, que, por sua

essência e valor, não poderiam restar abaixo do nível constitucional mas que não se fundem, formalmente, com a própria constituição”.

Violadas as normas contidas nas Convenção n. 169/89, há de se registrar a possibilidade de utilização dos mecanismos de controle convencional, podendo-se acionar a OIT sobre o descumprimento.

Importante destacar que os povos indígenas e tribais, como qualquer outro grupo, não podem invocar diretamente a Convenção perante os órgãos de controle da OIT, mas podem utilizar os mandatos tripartites da OIT para expressar suas dúvidas e preocupações. Além disso, outra característica do sistema normativo da OIT é que os Estados signatários devem apresentar relatórios regularmente sobre as medidas que já foram tomadas para implementar a Convenção e informar sobre as suas dificuldades encontradas (MONT'ALVERNE, PAIXÃO, 2017, p. 266).

Meireles (2016, p. 187-188) explicita o sistema de controle das normas da OIT, constituído de um aparelho decisional, em controle regular, controle provocado (com possibilidade queixa e reclamação) e o sistema especiais de controle na defesa da liberdade sindical; e conta com os seguintes órgãos: a Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações, a Comissão de Aplicação de Normas da Conferência, Comitê de Liberdade Sindical e Comissão de Inquérito. No entanto, o acionamento é restrito aos Estados-membros e aos representantes de trabalhadores e empregadores.

Além das Convenções da OIT, destaca-se que no âmbito das Organizações das Nações Unidas (ONU), foi aprovada apenas em 2007, na 107ª plenária, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, após 25 anos de discussões, consubstanciada em 46 artigos.

Sobre os trabalhos preliminares a elaboração da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Heintze (2009) escreve que a preocupação os direitos dos povos indígenas na ONU ganha destaque crescente a partir da década

de 60 e que, embora os relatórios desenvolvidos nas Comissões criadas para tratar do tema tenham evitado o direito de autodeterminação e esta controvérsia tenha gerado o longo tempo de criação da declaração, “[...] o tratamento bastante extenso desse assunto dos povos indígenas deveu-se à pressão exercida pelas organizações dos indígenas que participaram dos trabalhos da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos” (HEINTZE, 2009, p. 306-307).

A partir desta preocupação com os limites e possível conflito entre a da autodeterminação e a soberania dos Estados, é que a Declaração restringiu a sua interpretação para afastar qualquer tentativa de desmembramento em relação aos entes estatais:

Artigo 46 1. Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

Cunha (1994) também escreve como o direito de autodeterminação gerou resistências dos Estados em face de uma especulação acerca de uma possível separação, mesmo internamente no Brasil:

Seja como for, as declarações e instrumentos internacionais falam crescentemente, desde o fim dos anos 70, de *povos indígenas*. O receio de alguns Estados, e do Brasil em primeira linha, é de que o termo povos possa implicar o *status* de sujeito de Direito Internacional e, de acordo com a Carta das Nações Unidas (art. 1.2) que reconhece o princípio da autodeterminação dos povos, pôr em risco a integridade do território. No entanto, tanto *povos* como *autodeterminação* podem ter entendimentos variados. O fato é que o termo *povos* se generalizou sem implicar em

ameaças separatistas, muito menos no Brasil, em que o tamanho diminuto das etnias e sua pulverização territorial não permitiriam sequer pensá-lo. Para dissipar mal-entendidos, a Convenção 169 da OIT e o Acordo Constitutivo do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas na América Latina e Caribe, criado em 1991, rechaçam explicitamente as implicações temidas pelo Brasil. No seu art. 1, parágrafo 3, a Convenção 169 diz: "A utilização do termo povos nesta Convenção não deverá ser interpretada como tendo qualquer implicação com respeito aos direitos que se possa conferir a esse termo no direito internacional". A vulgarização do termo *povos* nos textos internacionais está indo *pari passu* com a exclusão explícita de direitos à soberania. Por sua parte, *autodeterminação* está sendo interpretada nos mesmos textos como vigência do direito costumeiro interno e participação política dos povos indígenas nas decisões que os afetam, não como reivindicação de soberania. É portanto suspeito, para dizer o mínimo, o grande alarde que se fez na imprensa sobre a ameaça que a Declaração da ONU (que ainda está em rascunho) faria pesar sobre a Amazônia (CUNHA, 1994, p. 129).

Heintze (2009) destaca e explica, porém, a limitada força normativa dos instrumentos declaratórios na seara do direito internacional, em grau menor do que de um contrato internacional, mas com relevante projeção política:

O documento foi aceito não na forma de um contrato internacional legal e válido, mas sim como uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas. Uma declaração é, de um lado, um documento legal e válido, mas, de outro lado, tem uma importância política muito maior que uma resolução "normal" da Assembleia Geral das Nações Unidas. Com efeito, trata-se de uma resolução solene que

expressa uma opinião acerca de questões fundamentais das relações internacionais e, por esse motivo, é válida por um espaço de tempo mais longo. Já que há um consenso sobre a necessidade de proteção e apoio aos povos indígenas e o documento foi aprovado por uma grande maioria, alguns autores lhe dão um *upgrade* tal que o torna quase uma *soft law*. Segundo essa opinião, as disposições ali registradas estão a caminho de se tornarem normas jurídicas (HEINTZE, 2009, p. 305-306).

Cunha (1994, p. 128) registra que o contexto de elaboração da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, juntamente com o da Convenção n. 169, eram mais favoráveis, porque não se restringiam, como ocorreu com os instrumentos normativos internacionais de direitos humanos do pós-guerra, a uma abordagem exclusivamente de direito à igualdade numa acepção ideológica liberal “baseiam-se em uma revisão, operada nos anos 70 e sobretudo 80, das noções de progresso, desenvolvimento, integração e discriminação ou racismo”.

A noção de igualdade puramente formal, sem correspondência com a realidade material, perde espaço para outras abordagens questionadoras das desigualdades resultantes até então:

Nos anos 70 e 80 desencadeia-se uma crise de confiança nas idéias-chave de progresso e desenvolvimento, na qual o movimento ecológico teve relevante papel. Sob o impacto dessa crise, o enfoque muda: as declarações internacionais passam a falar em etnodesenvolvimento (Declaração de San José, da UNESCO, de 1981), direito à diferença, valor da diversidade cultural... Direito à diferença, entenda-se, acoplado a uma igualdade de direitos e de dignidade (CUNHA, 1994, p. 129).

Além das Convenções da OIT e da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU, é relevante apresentar

o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, com destaque para os direitos dos povos indígenas.

Inserido no sistema regional de proteção aos direitos humanos, sem prejuízo do sistema universal, o Sistema Interamericano é composto pelos seguintes instrumentos jurídicos internacionais: a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948; Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (conhecida também de Pacto San José da Costa Rica) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais de 1988 (conhecido como Protocolo de San Salvador) (MAZZUOLI, 2011, p. 881).

Em relação aos órgãos de atuação, o sistema interamericano conta com o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão de Direitos Humanos, criados pela OEA (Organização dos Estados Americanos) em 1978 e 1959 e sediadas em San José (Costa Rica) e Washington (EUA) respectivamente.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão internacional jurisdicional, tratando-se de um tribunal supranacional, não pertencente à OEA, mas constituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2011, p. 889).

A competência da Corte divide-se em contenciosa e consultiva (Convenção Americana, arts. 61 e 64, respectivamente). No primeiro caso os processos são iniciados pelos Estados-Partes no *Pacto de San José* ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, únicos legitimados a submeter um caso à Corte, existindo forte pressão para que se admita a capacidade postulatória de pessoas físicas ou seus representantes, aí incluídas ONGS (WEIS, 2011, p. 159).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos atua como órgão da OEA e também da Convenção Americana de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2011, p. 889), não tendo função jurisdicional, contemplando as seguintes atribuições:

A Comissão tem, em síntese, três funções. A primeira refere-se à promoção dos direitos humanos, através da edição de publicações, conferências de imprensa, informes aos Estados etc. A segunda tarefa é a de coletar informações, por meio de relatórios encaminhados pelos Estados ou por outros meios, preparando relatórios e, mesmo, formulando recomendações aos governos dos Estados-membros para que adotem medidas visando à proteção dos direitos indicados. Neste campo podem ser incluídas, ainda, as consultas sobre direitos humanos que lhes façam os Países integrantes da OEA e a prestação de assessoramento necessário. A função talvez mais importante é a de receber e processar denúncias de violação dos direitos humanos, as quais podem ser formuladas por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou “entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais dos Estados-membros” (WEIS, 2011, p.157).

Ainda no âmbito internacional, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, deve-se ressaltar a importância o papel da jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos (Corte IDH) na garantia do reconhecimento dos direitos indígenas positivados nos instrumentos normativos internacionais em face dos Estados que persistem na manutenção de quadro normativo incompatível com a efetividade dos direitos indígenas.

Em matéria de direitos dos povos indígenas, cumpre destacar que a CIDH levou o Estado brasileiro à Corte IDH em 2016, no caso n. 12.728, envolvendo o povo indígena Xucuru, por não cumprir as determinações da Comissão que identificou violação do Estado frente à integridade pessoal, propriedade coletiva, às garantias e proteção judiciais:

Após examinar a posição das partes, os fatos provados e a normativa relevante, a CIDH conclui que o Brasil é internacionalmente responsável pela violação do artigo XXIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem para fatos ocorridos até a

ratificação da Convenção Americana pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. A Comissão também conclui que, a partir daquela data, o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, propriedade coletiva, às garantias judiciais e à proteção judicial estabelecidos nos artigos 5, 21, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com as obrigações (CIDH, Relatório n. 44, 2015, p. 1).

A CIDH recomendou ao Estado brasileiro que adotasse medidas de proteção e efetividade, as quais foram descumpridas resultando na representação junto à Corte IDH, para observâncias dos direitos dos povos indígenas Xucuru, quais sejam:

1. Adotar com brevidade as medidas necessárias, inclusive as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza necessárias para realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do povo indígena Xucuru, de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Em consequência, garantir aos membros do povo que possam continuar vivendo de maneira pacífica seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares;
2. Adotar com brevidade as medidas necessárias para finalizar os processos judiciais interpostos por pessoas não indígenas sobre parte do território do povo indígena Xucuru. Em cumprimento a esta recomendação, o Estado deverá velar para que suas autoridades judiciais resolvam as respectivas ações conforme os parâmetros sobre direitos dos povos indígenas expostos no presente relatório.
3. Reparar nos âmbitos individual e coletivo as consequências da violação dos direitos enunciados. Em particular, considerar os danos provocados aos membros do povo indígena Xucuru pelas demoras no

reconhecimento, demarcação e delimitação, e pela falta de desintrusão oportuna e efetiva de seu território ancestral.

4. Adotar as medidas necessárias para evitar que no futuro ocorram fatos similares, em particular, adotar um recurso simples, rápido e efetivo que tutele o direito dos povos indígenas do Brasil a reivindicar seus territórios ancestrais e a exercer pacificamente sua propriedade coletiva. (CIDH, Relatório n. 44, 2015, p. 1).

Por outro lado, na própria Corte IDH há inúmeras lides envolvendo violação dos direitos dos povos indígenas da América Latina, como no caso “Norín Catrimán e outros”, levado pela CIDH por entender que o Estado chileno aplicou sua legislação antiterrorista de forma seletiva em detrimento do povo indígena Mapuche, violando o princípio da legalidade e da igualdade e da não discriminação, o direito à presunção de inocência, igual proteção perante e à liberdade pessoal, todos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Estado Chileno foi condenado pela Corte internacional, em 25 de maio de 2014, por julgamento imparcial e violação ao devido processo legal em razão de a justiça adotar preconceitos relacionados com a origem étnica indígena Mapuche, condenando protestos sociais realizados por autoridades tradicionais e/ou ativistas do povo Mapuche:

[...] os julgadores tiveram preconceitos pessoais referentes aos imputados e que foram decisivos para estabelecer a responsabilidade penal (fundamentalmente na participação de ato criminoso ou na intenção terrorista especial). Isto é, influenciaram de forma determinante na análise dos elementos de responsabilidade penal. Como depreende-se dos fatos da Sentença, essas decisões judiciais ocorreram em um contexto no qual os meios de comunicação social e partes da sociedade chilena adotaram estereótipos desfavoráveis e concepções do que denomina como “a questão mapuche”, o “problema mapuche” e o

“conflito mapuche” que deslegitimam a reivindicação dos direitos territoriais do povo indígena mapuche e qualificam seu protesto social, de forma generalizada, como violento ou apresentando-o como gerador de um conflito entre o povo indígena mapuche e o resto da população da região (CORTE IDH, 2014, p. 187).

Nesta senda, demonstrando violações estatais aos direitos indígenas, tem-se o caso “*Pueblo Kaliña y Lokono VS Suriname*”, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que o Estado do Suriname violou o direito de propriedade privada, o reconhecimento da personalidade jurídica, o direito de consulta e de identidade cultural, além da proteção judicial previstos nos arts. 21 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE IDH, 2015).

O Brasil por diversas vezes foi submetido à jurisdição contenciosa da Corte IDH por violação aos direitos humanos: caso Damião Ximenes Lopes; caso Gilson Nogueira Carvalho e outros, caso Arley José Escher e outros, caso Sétimo Garibaldi, caso Julia Gomes Land (Guerrilha do Araguaia), Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde e Caso Cosme Rosa Genoveva e outros, Caso do Povo Xucuru e seus membros, Caso Vladimir Herzog e outros¹⁷.

Os instrumentos jurídicos normativos internacionais e os sistemas de proteção aos direitos humanos, em especial o sistema regional interamericano, são mecanismos relevantes na garantia da efetivação dos direitos dos povos indígenas, em especial no controle dos atos e inércias estatais.

2.3 A vulnerabilidade dos povos indígenas no Brasil

Em recente relatório, de agosto de 2016, a ONU, por meio da relatora Victoria Tauli-Corpuz, evidenciou a situação de vulnerabilidade em que se encontra os direitos dos povos indígenas no Brasil, em especial os movimentos de retrocesso dos últimos anos no que se refere à garantia de demarcação das terras

¹⁷ Os casos que tramitam na Corte IDH podem ser consultados no seguinte link: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>

indígenas e os assassinatos contra os indígenas e suas lideranças.

O relatório possui 108 itens, divididos em 7(sete) partes (ONU, 2016, p. 2): I- Introdução; II- Visão Geral da Missão; III- Contexto demográfico, legal e político; IV- Informações apresentadas à Relatora Especial; V- Casos emblemáticos; VI- Observações Gerais 10 e; VII- Conclusões e Recomendações.

Diversas informações foram apresentadas à relatora da ONU, tanto dos povos indígenas e sociedade civil como do próprio Estado, sintetizadas em 6(seis) itens (ONU, 2016, p. 2), incluída a temática do acesso à justiça: A- Medidas positivas e iniciativas; B- Represálias, ameaças e assassinatos; C- Demarcação de terras; D- O papel da Funai; F- Acesso à justiça e; F- Projetos de desenvolvimento e dever de consultar.

No que se refere ao tema acesso à justiça, as principais reclamações relacionam-se com o desrespeito ao dever de consulta aos povos indígenas diante de empreendimentos, com respaldo em decisões judiciais que permitem o prosseguimento das obras; o desrespeito e o desconhecimento dos juízes e promotores com as questões indígenas; a desconfiança dos povos indígenas em relação ao Poder Judiciário; o assassinato das lideranças indígenas e a adoção das crianças indígenas sem observância da Convenção dos Direitos das Crianças:

28. O crescente uso pelo judiciário do mecanismo de suspensão de segurança - que permite que certos direitos sejam suspensos em favor de outros interesses - foi apontado pelos povos indígenas como um grande problema no contexto de projetos de desenvolvimento. Esse mecanismo permite com que projetos prossigam mesmo que eles possam resultar em sérias violações de direitos dos povos indígenas e que o Estado não tenha cumprido com o seu dever de consultar para obter o consentimento livre, prévio e informado dos envolvidos.

29. A Relatora Especial foi informada de que algumas decisões judiciais seguem referindo-se aos povos indígenas de maneira pejorativa e discriminatória. Também foi dito a ela que alguns juízes e promotores parecem

incapazes de se relacionar com a realidade dos povos indígenas, o que coloca um fardo maior sobre os povos indígenas quando tentam reivindicar por seus direitos.

30. Lideranças indígenas também expressaram temor de que a justiça lhes seria negada se os direitos sobre suas terras não demarcadas fossem extintos sem seus consentimentos em negociações entre o Governo e terceiros.

31. A informação recebida pela Relatora Especial indica que a impunidade perpassa por uma série de violação de direitos indígenas, incluindo o assassinato de seus líderes. Tal intimidação, ataques e assassinatos frequentemente surgem no contexto em que os povos indígenas tentam reivindicar seus direitos territoriais e estão intimamente relacionados com a criminalização de lideranças indígenas.

32. A Relatora Especial ficou gravemente preocupada com os relatos de adoções de crianças indígenas autorizadas por juízes sem o devido respeito aos direitos da criança como estabelecido na Convenção dos Direitos da Criança, aos direitos de suas famílias extensas, que nas culturas indígenas tradicionalmente exercem um papel importante em tais contextos, e aos direitos de suas comunidades (ONU, 2016, p.8-9).

No documento oficial, a relatora Victoria Tauli-Corpuz traçou ainda 10 (dez) observações gerais, inclusive sobre acesso à justiça, conforme abaixo transcrito, como resultado das preocupações diante das situações e desafios enfrentados pelos povos indígenas no Brasil, decorrentes da histórica discriminação vivenciada, da atual negligência e negação à direitos e também os desdobramentos do cenário político, destacando que nos dias atuais “[...] os povos indígenas enfrentam riscos mais graves do que em qualquer outro tempo desde a adoção da Constituição em 1988” (ONU, 2016, p.13).

79. A falta de acesso à justiça para os povos indígenas é um tema central. No Brasil, os

povos indígenas enfrentam significativos obstáculos no acesso à justiça devido à falta de recursos, às barreiras culturais e linguísticas, ao racismo institucional e falta de conhecimento sobre suas culturas e seus direitos por parte do judiciário e autoridades. Essas barreiras se somam a ações e omissões do Estado com relação aos direitos de consulta e participação, ao uso de mecanismos que negam direitos tal como a suspensão de segurança pelo judiciário, e à falta de adequada consideração aos direitos territoriais indígenas, por exemplo, por meio da inapropriada aplicação da Constituição no julgamento do caso Raposa-Serra do Sol. A presunção de que os processos de demarcação serão observados de acordo com a lei é então usada como uma justificativa para postergar a demarcação, e então a lei é transformada em obstáculo, ao invés de garantia, para a realização dos direitos dos povos indígenas.

80. A falta de garantia do acesso à justiça aos povos indígenas num contexto em que a violência histórica contra eles tem sido ignorada, juntamente com a crescente criminalização dos povos indígenas e com os ataques violentos e assassinatos impunes, passam a mensagem para aqueles responsáveis de que não haverá repercussão para suas ações. Para os povos indígenas, tal situação sinaliza que as instituições do Estado, incluindo os sistemas de justiça e de execução da lei, carecem tanto de vontade para garantir que seus direitos sejam protegidos, como de genuína preocupação com relação a suas demandas (ONU, 2016, p.17).

Ao final do relatório, foi apresentada a seguinte recomendação ao governo brasileiro no que se refere ao acesso à justiça, sem prejuízo de outros apontamentos em relação aos demais direitos indígenas:

100. A Relatora Especial recomenda que: a) O judiciário, Legislativo e Executivo considerem com urgência, e em colaboração com os povos indígenas, a eliminação das barreiras que impedem os povos indígenas de realizarem seu direito à justiça e garantam que recursos adequados sejam disponibilizados para esse fim; b) o Governo inicie diálogos com povos indígenas em relação à possível realização de um Inquérito Nacional para sondar alegações de violações de seus direitos, bem como promover conscientização, reconhecer erros do Estado e oferecer reparação para violações de direitos humanos; (ONU, 2016, p.20).

Por mais que sejam genéricas as recomendações apresentadas pela ONU, ficam evidenciadas a necessidade de afastar barreiras ao acesso à justiça e também de uma ação de âmbito nacional que envolva todas as instituições contra as violações perpetradas aos povos indígenas no Brasil.

Neste contexto é que se faz necessário apontar algumas medidas que afetam diretamente os direitos indígenas, nos três poderes do Estado – judiciário, executivo e legislativo –, além de registrar a inércia estatal diante da efetivação dos direitos territoriais indígenas.

No âmbito brasileiro e decisório do Supremo Tribunal Federal (STF), ocorreu, em 2008, o julgamento do processo mais emblemático e que resultou em grande projeção nos meios de comunicação em matéria dos direitos territoriais dos povos indígenas: o caso Raposa Serra do Sol (PET 3388), que se trata de uma ação popular¹⁸ contra a demarcação de terras indígenas envolvendo suposto conflito com a segurança nacional (região de

¹⁸ O motivo do processo ter-se realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal decorre do fundamento de que tais questões envolvem conflito federativo entre União e Estado (Roraima), a ensejar a ocorrência do art. 102, I, f, da Constituição Federal, que determina ser competência originária do STF para processar e julgar as causas envolvendo conflitos entre União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros.

fronteiras), com a possibilidade de terras indígenas em reserva ambiental e a demarcação das terras de forma contínua.

Deste julgamento, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu 19 condicionantes ou salvaguardas, quais sejam¹⁹:

1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;

2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

4 – O usufruto dos índios não abrange a garimagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o

¹⁹ Para análise individual de cada condicionante, recomenda-se a seguinte dissertação: NÓBREGA, Luciana Nogueira. "*Anna Pata, Anna Yan: Nossa Terra, Nossa Mãe*" - a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito). Fortaleza: Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Ceará, UFC. Fortaleza, 2011.

Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;

10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;

11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;

15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;

16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros;

17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

Para Yamada e Villares (2010), houve uma tentativa do Supremo Tribunal Federal, por meio das condicionantes, em conciliar os diferentes interesses no processo, mesmo que com violação aos instrumentos normativos internacionais de direitos humanos:

As 19 ressalvas pretensamente procuravam conciliar os interesses indígenas, a defesa nacional e a preservação do meio ambiente. Algumas são interpretações ou repetições do texto constitucional e legal (as de número 1, 2, 3, 4, 14, 15, 16, 18), outras, comandos contrários aos já estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (5, 6, 7), e em regulamentação infralegal (8, 9 e 10). Ainda, a criação de enunciados normativos pelas ressalvas 11, 12, 13, 17 e 19 (YAMADA, VILLARES; 2010, p.147).

Sobre os reflexos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso Raposa Serra do Sol, Yamada e Villares (2010) destacam-na como paradigmática, mas criticam o mérito da decisão, além de apontar para um possível aumento dos conflitos em terras indígenas:

A demarcação da Raposa Serra do Sol foi elevada pelo Supremo Tribunal Federal a caso paradigmático porque se fez crer que, pela primeira vez, o STF analisaria a fundo o mérito da questão de terras indígenas no país. O STF, no entanto, reafirmou de forma vacilante a aplicação da Constituição de 1988. Como em tantos outros casos pendentes, a indefinição do Poder Judiciário em relação à Raposa Serra do Sol revelou que a falta de segurança jurídica de direitos administrativamente reconhecidos contribui para o agravamento da situação de conflito entre povos indígenas e ocupantes não índios. Infelizmente, o caso concreto - que pedia uma solução rápida -, importou menos que a vontade de legislar, transformando o julgamento em espetáculo, o que tem marcado as últimas decisões do Supremo (YAMADA, VILLARES; 2010, p.149).

Embora a decisão do STF não tenha efeito vinculante²⁰ sobre outras lides e juízes, assistiu-se após o julgamento a uma tentativa de se estender os efeitos da decisão do Caso Raposa Serra do Sol a outros casos de demarcação de terra indígena, restringindo-se igualmente.

Pela Portaria n. 303/12, a Advocacia Geral da União (AGU) fixou “a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.888-Roraima [...]”, revisando também os procedimentos em curso para adequar às condicionantes estabelecidas pelo STF, numa nítida ação do executivo para estender os efeitos das condicionantes estabelecidas.

Não se pode olvidar também, a tentativa da Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), com base na decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol, em limitar os direitos territoriais indígenas, ao propor que se em tornasse enunciado de súmula vinculante o seguinte verbete lançado da

²⁰ O STF decidiu, em sede de embargos declaratórios, que as condicionantes não possuem efeitos vinculantes: Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. [...] 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões. (Pet 3388 ED, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00057)

enunciado n. 650 do STF: “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos antes de 5 de outubro de 1988, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

No entanto, o requerimento da Confederação sequer cumpria os requisitos para edição de sumula vinculante que exige a necessidade de reiteradas decisões sobre o tema, além de não se relacionar com as lides que deram ensejo a edição da Súmula n. 650 (art. 103-A, CR88, e Art. 2º, lei ordinária federal n. 11.417/06).

Neste sentido, Santos Filho (2007) discorre sobre a especificidade do contido no enunciado da Súmula 650 do STF, que vai de encontro aos direitos indígenas estabelecidos nos instrumentos normativos e também no texto constitucional:

Assim, a Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal teve apenas o condão de cristalizar em definitivo os entendimentos estampados em inúmeros julgados proferidos pelos Colendos Tribunal Regional Federal da 3ª Região e Superior Tribunal de Justiça, especificamente quanto a inexistência de interesse da União em ações de usucapião em terras a que se refere o artigo 1º, alínea h, do Decreto 9.760/1946.

É necessário que os operadores do direito atentem ao fato de que aplicação da Súmula 650-STF deve ser realizada aos casos específicos a que ela tem relação, vale dizer, usucapião de terras indígenas a que se refere o Decreto-Lei 9.760/1946, não descurando das orientações constantes da Agenda 21 (ONU/Rio-1992), onde firmadas propostas para assegurar o desenvolvimento sustentável, e determinada a necessidade de proteção da terra indígena.

Também é imperiosa a necessidade da análise e da aplicação do entendimento sedimentado na Súmula 650-STF em conformidade com o disciplinado no artigo 231 da Constituição de 1988, bem como com o preconizado no artigo 14, itens 1, 2 e 3 da

Convenção 169 da OIT que versa sobre os direitos dos povos indígenas e tribais.

É preciso ter em mente, ademais, que o próprio Estado estimulou o apossamento de terras indígenas no intuito de expandir as fronteiras agrícolas, muitas vezes conferindo títulos de terras que desde o Alvará de 1º de abril de 1680 estavam destinadas à satisfação de direitos indígenas. Não pode ser olvidado, outrossim, o fato de a Constituição de 1988 ter reafirmado o indigenato, vale consignar, direito congênito aos índios sobre as terras que ocupam ou ocuparam, independente de título ou reconhecimento formal (SANTOS FILHO, 2007, p.8).

No âmbito do Congresso Nacional, os direitos indígenas também encontram resistência de implementação, evidenciada especialmente com a Proposta de Emenda Constitucional n. 215 do ano de 2000, que intenciona alterar o texto constitucional para que as demarcações das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios sejam realizadas por iniciativa de lei do executivo, que deverá tramitar junto ao Congresso Nacional, que deverá também ratificar também as demarcações já homologadas.

Literalmente, pretende-se acrescentar o inciso XVIII ao art. 49, modificar o § 4º e acrescentar o § 8º ambos no art. 231, da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XVIII- aprovar a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas.

Art. 231

[...]

§4º. As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis. [...] § 8º. Os critérios e procedimentos de demarcação das Áreas indígenas deverão ser regulamentados em lei.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados já decotou a possibilidade de o Congresso Nacional ratificar as homologações já realizadas, mas a proposta prossegue no Congresso em discussão. As lideranças indígenas manifestam contra a edição da PEC:

A PEC 215 é a pior de todas porque tem apensada a ela mais 11 propostas, em que o poder legislativo quer levar para sua competência a demarcação indígena, pra tomar decisões de quanto deveria ser uma terra indígena, quantos hectares deveria ser e ainda mais elas mechem nas terras já homologadas e demarcadas que seria essas da Amazônia, a revisão de todas as terras. Mais do que nunca ela acaba com o 231 e 232, que são os artigos da Constituição que nós conquistamos. Mas, não somente a nós afeta a PEC 215, como também afeta os Quilombolas, afeta as Unidades de Conservação, então ela não somente afeta a questão da demarcação, como também a questão ambiental, ou seja, “pode explorar do jeito que você quiser” (KAINGANG, 2015, p. 28).

Em nota técnica publicada pelo Ministério Público Federal, Sarmiento (2013) aponta pela inconstitucionalidade da proposta, que além violar o princípio da separação dos poderes (art. 60, § 4º, inciso III, d, CR/88), atinge diversos direitos fundamentais:

Na parte em que pretende acrescentar o art. 49, inciso XVIII, e alterar a redação do art. 231, § 4º, da Constituição, atribuindo ao Congresso o poder de autorizar as demarcações de terras indígenas, e condicionando a proteção destas terras à referida autorização, a PEC 215 viola o núcleo essencial de diversos direitos fundamentais: direito dos índios às terras tradicionalmente ocupadas (art. 231, CF); direito à cultura (arts. 215, 216 e 231, caput, CF); direito adquirido concedido diretamente pelo poder constituinte

(art. 5º, XXXVI, CF); e direito ao devido processo legal administrativo (art. 5º, LIV, CF). Assim, a PEC 215 ofende, por diversas formas, o limite material ao poder de reforma previsto no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição (SARMENTO, 2013, p. 38).

Por outro lado, passados 28 anos de promulgação e vigência da Constituição de 1988, o Estado brasileiro ainda não foi capaz e prossegue inerte com a elaboração do Estatuto dos Povos Indígenas com intuito de substituir e revogar por completo o Estatuto do Índio de 1973, apesar de existente o Projeto de Lei n. 2.057/91, em tramitação no Congresso Nacional.

No mesmo passo, a título de exemplo de como a questão indígena é tratada de forma marginal no legislativo brasileiro, destaca-se a aprovação a lei ordinária federal n. 13.123 de 2015²¹, com alcance para o conhecimento tradicional relacionado ao patrimônio genéticos dos povos indígenas, em que há a inobservância do Estado brasileiro quanto ao direito de consulta e participação previstos na Convenção 169 da OIT (MONT'ALVERNE, PAIXÃO, 2017, p. 269).

Moreira (2015) critica a lei n. 13.123 de 2015²² por representar um sistema de isenções e benefícios e violar os direitos dos povos indígenas.

²¹ A lei 13.123/2015 conta com a seguinte ementa: Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências.

²² Para análise da lei, recomenda-se a leitura dos artigos contidos na seguinte obra: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (Org.). **A “nova” lei n.º 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade**: entre retrocessos e violações de direitos socioambientais. São Paulo: Inst. O Direito Por Um Planeta Verde, 2017. 280 p. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170110102344_2667.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

[...] a Lei n.º 13.123/2015 representou um grande retrocesso do ponto de vista de direitos de povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais. Com efeito, a Lei é um grande sistema de isenções e anistias que claramente viola direitos e que, certamente, merece ser questionados judicial e extrajudicialmente (MOREIRA, 2017, p. 73).

Kaingang (2015, p. 30) esclarece que o Estado brasileiro, sob a vigência do SPI, tentou integrar os indígenas à comunhão nacional, mas se frustrou em decorrência da amplitude da diversidade das comunidades indígenas no Brasil. Nos últimos anos, a líder indígena considerava que uma das formas que o Estado adota a perspectiva integracionista é quando desvirtua e reestrutura o órgão indigenista (FUNAI) para acompanhar e fiscalizar as políticas públicas inadequadas aos povos indígenas, sem discussão, implementadas pelos ministérios da União.

A representação dos povos indígenas também é outro desafio a ser enfrentado. Uma pergunta central para a compreensão da legitimidade e representatividade dos defensores das causas indígenas no âmbito político e, de certa forma, também na seara das demandas jurídicas é acerca de “quem fala em nome dos ‘índios’” (RICARDO, 1996, p.90).

A partir do contexto delineado na década de 80 e vigente até os dias atuais, Ricardo (1996, p.90) delineia a construção de uma agenda que contava com a necessidade de representantes indígenas, evidenciando ainda mais a necessidade das consultas às comunidades indígenas:

A agenda colocada pela sociedade nacional e internacional nos últimos anos para "os índios" no Brasil, funcionou como mecanismo de pressão para a produção de uma representação ou representações da indianidade genérica. Refiro-me ao seguinte conjunto de processos e eventos: a elaboração da Constituição Federal (1987/88), a reunião da ONU sobre

ecologia e desenvolvimento no Rio (1992), as comemorações ou anticomemorações dos 500 anos da chegada de Colombo à América (1992), a tramitação do Estatuto das Sociedades Indígenas no Congresso Nacional (1992/94), o término do prazo constitucional para a demarcação de todas as terras indígenas (1993), a revisão da Constituição (1993/94) e as eleições presidenciais (1994) (RICARDO, 1996, p.90).

Mas para compreensão dos atores representantes dos interesses indígenas é preciso considerá-los sob uma perspectiva de intermitentes, com características que lhes são próprias:

Tão mais se afasta do nível local, a política indígena tende a aparecer nos cenários regional, nacional e internacional como uma ação intermitente associada a intermediários não-indígenas os quais, por sua vez, têm perfil institucional, objetivos e estratégias próprias bastante diversas. Mesmo considerando o fenômeno recente das chamadas organizações indígenas "registradas em cartório", vale afirmar que a questão da representação dos interesses indígenas no plano supralocal somente pode ser compreendida e avaliada no Brasil quando se considera uma sociologia dos intermediários não-indígenas de todo o tipo a ela referidos, como algo que a constitui e conforma (RICARDO, 1996, p.90).

Outra situação que reforça a dificuldade de representação dos interesses indígenas no Brasil, em contraposição a outros países que contam com maior dado demográfico de indígenas na população nacional (como, por exemplo, Bolívia, Peru e Equador), é o fato de a realidade das comunidades indígenas brasileira ser diferente na forma como se situam e organizam no território brasileiro:

[...] fundamentalmente local (de cada aldeia, comunidade ou família), faccional (no caso,

por exemplo, de aldeias onde a organização social está baseada em metades rituais à cada qual corresponde um chefe) e descentralizada (sem o reconhecimento de um centro de poder)” (RICARDO, 1996, p.91).

Albuquerque (2008, p. 84), a partir da ideia de Taylor de que culturas diferenciadas devem se atribuir igual valor ao invés de limitar-se apenas à autodefesa, aponta o quadro de violência enfrentado pelos indígenas, não entre os povos, mas perpetrados pelos “não-índios” e permitida (inércia) pelo Estado.

Entre os povos indígenas parece bastante evidente existir um compromisso com a autovalorização nas suas mais diferentes expressões culturais. O problema reside na relação entre os “índios” e os “não índios”. A sobrevivência indígena vem sendo demonstrada há séculos. Mesmo os assassinatos, genocídios, discriminações cultural, social e político-econômica, foram insuficientes para dizimá-los. Essa capacidade de resistência mantém-se viva ante a negligência do aparato estatal na proteção de suas terras e em relação aos atuais assassinatos de “índios” (ALBUQUERQUE, 2008, p.85).

Percebe-se que os povos indígenas encontram diversas dificuldades e resistência no âmbito nacional quando o assunto é efetividade dos direitos indígenas, em especial os direitos territoriais. As instituições e poderes do Estado brasileiro permanecem distantes da questão indígena e sujeitas a pressões e interesses econômicos, especialmente no Poder Legislativo, quando se evidencia as propostas em trâmite, sem reconhecer a riqueza cultural que estes povos têm a oferecer.

Os povos indígenas são proponentes e representativos da diversidade cultural da humanidade. Historicamente, porém, os povos indígenas têm sido marginalizados por sociedades dominantes e têm enfrentado, frequentemente, a assimilação e o genocídio

cultural. Nas sociedades multiculturais que crescem à sua volta, os povos indígenas procuram o fim dessa marginalização e da vida na periferia. Têm muito para dar à sociedade e trazem para o debate nacional e internacional opiniões valiosas sobre as grandes questões que a humanidade enfrenta neste novo milénio (MAGGA, 2004, p. 91).

Por outro lado, quando o tema é acesso à justiça, as questões indígenas apenas ganham projeção quando são debatidas na perspectiva de se perder ou negar os direitos indígenas, o que dificulta a relação do Poder Judiciário na implementação destes direitos.

O próximo capítulo trará o desenho constitucional e legislativo da Defensoria Pública e também como esta instituição pode colaborar na garantia do acesso à justiça, sem violar a organização, os usos e costumes dos povos indígenas.

3. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA GARANTIA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

3.1 Modelos de assistência judiciária

Antes de detalhar os modelos de assistência judiciária, cumpre diferenciá-la da assistência jurídica, pois não são conceitos que se confundem necessariamente. Isso porque a assistência judiciária é a atuação/representação em juízo com fulcro a suprir a ausência de capacidade postulatória, enquanto a assistência jurídica é mais abrangente, envolvendo a assistência judiciária, mas também outras atividades extrajudiciais, como a consultoria e a orientação jurídica (MENDES; SILVA; BARRETO, 2015, p. 24).

Neste tópico, dos modelos de assistência judiciária, o adequado seria tratar como modelos de assistência jurídica. No entanto, a assistência jurídica como é considerada nos dias de hoje é reflexo de um desenvolvimento da assistência judiciária e da percepção de sua limitação como garantia única de acesso à justiça. Daí, neste trabalho, e em termo terminológicos, quando se pretender dar ênfase a uma perspectiva mais atual, adotar-se-á a acepção assistência jurídica e, por outro lado, quando pensar-se em abordagens mais tradicionais ou trabalhos realizados há mais tempo, utilizar-se-á a acepção assistência judiciária.

A assistência judiciária nem sempre foi compreendida como um direito, sendo prestada por muitos advogados sob a ótica da caridade, configurando-se num modelo *pro bono* de atuação jurídica que, nos dias atuais, revela-se “[...] o mais arcaico sistema de prestação de assistência judiciária aos pobres: de cunho caritativo e espírito cristão, os advogados atuam sem receber contraprestação, e é ainda bastante utilizado no modelo americano” (MENDES; SILVA; BARRETO, 2015, p. 26).

A advocacia *pro bono* não é proibida no Brasil²³ e também não conflita com a existência concomitante dos serviços de

²³ O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, aprovado pela Resolução n. 02/2015, dedica um capítulo integral à advocacia *pro bono* e a delimitando em favor de pessoas naturais:

“CAPÍTULO V - DA ADVOCACIA PRO BONO
Art. 30 - No exercício da advocacia pro bono, e ao atuar como defensor nomeado, conveniado ou dativo, o advogado empregará o zelo e a

assistência judiciária custeados pelo Estado, tanto que ainda é exercida nos dias atuais, mas não é, nesta modalidade, considerada com direito, já que depende da disposição voluntária de um profissional (LIMA, F. R. V., 2011, p. 57).

Sobre a natureza jurídica, Gonçalves (2016, p. 21) compreende assistência jurídica sob uma perspectiva de política pública, decorrente da política maior de “Acesso aos Direitos”, ao lado das políticas públicas de defesa dos interesses difusos e de democratização do Judiciário.

Como política pública, a assistência jurídica, ao ser direcionada a pessoas que não tem condições de arcar com os custos dos serviços jurídicos, representa uma política de caráter compensatório – redistributivo, pois visa a efetividade e a garantia dos direitos proclamados (GONÇALVES, 2016, p.22).

Gonçalves (2016, p.51-52) não desconsidera, no entanto, o trajeto conceitual percorrido até se compreender a assistência jurídica pública como direito, um direito social, que antes sequer era tido como direito, na percepção liberal e até a 2ª Guerra Mundial; e destaca ainda a imprecisa dimensão deste direito/serviço em um instituto jurídico clássico, como ocorre na advocacia privada que se localiza nas regras de mandato e prestação de serviço do direito civil.

Neste sentido, deve-se também destacar a assistência jurídica como um projeto inserido em um determinado paradigma de Estado, ou seja, não é concebido como uma finalidade em si, mas como um elemento estruturante do modelo estatal:

dedicação habituais, de forma que a parte por ele assistida se sinta amparada e confie no seu patrocínio.
§ 1º - Considera-se advocacia pro bono a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional.
§ 2º - A advocacia pro bono pode ser exercida em favor de pessoas naturais que, igualmente, não dispuserem de recursos para, sem prejuízo do próprio sustento, contratar advogado.
§ 3º - A advocacia pro bono não pode ser utilizada para fins político-partidários ou eleitorais, nem beneficiar instituições que visem a tais objetivos, ou como instrumento de publicidade para captação de clientela”.

De fato, o modelo de assistência jurídica está umbilicalmente ligado ao modelo de Estado e ao tipo de tutela jurisdicional preferido. Com efeito, Estados liberais têm a tendência de adotar modelos privatistas e individualistas de assistência jurídica. Doutra banda, Estados sociais e democráticos como o Brasil priorizam os modelos públicos de assistência jurídica, prestada e gerida por entes estatais, responsáveis pela oferta de soluções estruturais e de tutelas inibitórias às ameaças ou às megaviolações de direitos humanos, mormente dos direitos sociais e coletivos. (RUGGERI RÉ, 2015, p. 29)

No entanto, interessante é a análise da preocupação inaugural dos Estados com a temática da assistência judiciária como relacionada/decorrente da igualdade formal ostentada no contexto do século XIX:

É somente com a Revolução Francesa, entretanto, que o Estado passa a organizar instituições oficiais com a finalidade de prestar assistência judiciária aos desvalidos, em razão, especialmente, da proclamação do princípio da igualdade formal, que atribuiu ao ente público a responsabilidade pela redução das desigualdades sociais em nome de uma prometida igualdade jurídica. Foi, a propósito, em França, mais especificamente com o *Code de L'Assistance Judiciaire*, de 22 de janeiro de 1851, que se cunhou a expressão “assistência judiciária” (GONÇALVES, R. M., 2008, p. 4).

Cappelletti e Garth (1988) ao tratar dos obstáculos ao acesso à justiça identifica, conforme já descrito no capítulo sobre acesso à justiça, o primeiro obstáculo como aquele que se relaciona com fatores que tornam elevado o custo do processo acima da possibilidade das pessoas de arcarem com o ônus para defesa do seu direito.

Neste contexto do primeiro obstáculo, duas situações são como agravantes do custo da resolução formal do conflito: a) pequenas causas, já que o custo do processo aumenta nas lides

com valor da causa menor e b) o tempo de duração do processo, que atinge os mais carentes economicamente, que sofrem com o efeito da inflação, tendo muitas vezes que aceitar acordos com valores aquém de direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.20).

Como modelo de solução para estes obstáculos, o Projeto Florença relata três modelos de assistência judiciária gratuita: 1) Sistema *Judicare*, 2) advogado remunerado pelos cofres públicos e 3) modelos combinados.

Pelo sistema *judicare*, o Estado não presta a assistência judiciária gratuita pelos seus órgãos ou instituições, mas realiza o pagamento aos advogados particulares que prestam o serviço para a população que deles necessita.

A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao denominado sistema *judicare*. Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, *Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado*. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.35) (grifos itálicos no original).

Cappelletti e Garth (1988, p. 36) destacam o sistema *judicare* no direito britânico e no direito francês. Na Inglaterra, o serviço prestado, apesar de não atender aos “novos direitos”, é apontado como de qualidade, e consegue fornecer advogados a um número crescente de pessoas bem como não há insuficiência de quantidade e qualidade dos advogados inscritos.

Na França, há registro da eficiência do sistema *judicare*, com destaque também para o fato de ter sido projetado para pessoas pobres e também pessoas que se encontram acima do

indicado de pobreza, mas os valores pagos aos advogados são inadequados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.37).

As críticas do sistema *judicare* concentram-se sobretudo no aspecto restritivo do alcance de sua atuação, além de limitar o acesso à justiça ao processo judicial:

O *judicare* desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar as barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio, não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que podem valer de remédios jurídicos. É, sem dúvida, altamente sugestivo que os pobres tendam a utilizar o sistema *judicare* principalmente para os problemas que lhes são familiares – matéria criminal ou de família – em vez de reivindicar seus direitos como consumidores, inquilinos etc. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.38) (itálicos no original).

Silva, H.S. (2007, p.12-13) também crítica o sistema *judicare*, detalhando a deficiência do modelo de custeamento de advogados privados, ao apontar a ausência de especialização e de uma visão sistêmica, a baixa remuneração dos valores fixados pelo Estado aos profissionais atuantes, a ausência de efetividade na garantia do acesso à justiça recursal nos Tribunais Superiores, e de acesso às instâncias administrativas, a soluções extrajudiciais e consultoria jurídica, além de ter dispêndios maiores e não possuir, quanto ao serviço prestado, controle de qualidade.

Cogoy (2012, p.151), ao vincular o sistema de assistência judiciária ao modelo de Estado, aponta que o sistema *judicare* seria adequado ao Estado brasileiro caso pretendesse adotar um paradigma de Estado Democrático Social e Gerencial, apontando ainda as vantagens e desvantagens do sistema:

As principais vantagens deste sistema seriam o baixo custo para os cofres públicos, além da capilaridade, haja vista ser possível, desta maneira, garantir-se acesso ao Judiciário inclusive em pequenas localidades, já que não

há comarca onde não existam advogados. Por outro lado, tem-se que, em seu desfavor, estaria a circunstância de que as causas acabam por ser tratadas sempre de forma individual. Desta forma, não são levadas ao Judiciário as demandas que representem interesses de classe, bem como não há que se falar em defesa de interesses difusos e coletivos comuns aos necessitados. Como a prestação do serviço, nestes sistemas, não se dá de forma orgânica, também se peca por uma ênfase, principalmente à atuação na área judiciária/processual, omitindo-se a importante tarefa de serem trabalhadas questões referentes à prevenção à violação de direitos, educação e orientação jurídica (COGOY, 2012, p. 151-152).

No sistema em que o advogado é remunerado pelos cofres públicos, Cappelletti e Garth (1988) compreendem este modelo a partir de serviços jurídicos que “[...] deveriam ser prestados por ‘escritórios de vizinhança’, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.40).

Contrariamente aos sistemas *judicare* existentes, no entanto, esse sistema tende a ser caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los. Ademais, os escritórios eram pequenos e localizados nas comunidades pobres, de modo a facilitar o contato e minimizar as barreiras de classe. Os advogados deveriam ser instruídos diretamente no conhecimento dessas barreiras, de modo a enfrentá-las com maior eficiência. Finalmente, e talvez mais importante, os advogados tentavam ampliar os direitos dos pobres, enquanto classe, através de casos-teste, do exercício de atividades de lobby, e de outras atividades tendentes a obter reformas da legislação, em

benefício dos pobres, dentro de um enfoque de classe. Na verdade, os advogados frequentemente auxiliavam os pobres a reivindicar seus direitos, de maneira mais eficiente, tanto dentro quanto fora dos tribunais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.40) (itálicos no original).

Este sistema de assistência judiciária é conhecido também como *salaried staff model*, decorrente de uma estruturação ocorrida nos Estados Unidos, com notoriedade mundial na última década de 60 (ALVES, 2005, p. 69), com desdobramento em duas modalidades de funcionamento:

Na primeira delas, o próprio poder público opta pela criação de organismos estatais destinados à prestação direta dos serviços de assistência judiciária (e eventualmente também de assistência jurídica extrajudicial), contratando para tanto advogados que, neste caso, manterão vínculo funcional com o próprio ente público. Tais organismos estatais normalmente são chamados de Defensorias Públicas. Na segunda sub-modalidade desse modelo, os serviços podem ser prestados por entidades não estatais, via de regra sem fins lucrativos, que recebem subsídios dos cofres públicos para custeio de suas despesas, inclusive para o pagamento dos advogados contratados cujo vínculo empregatício será estabelecido com essas respectivas entidades e não com o Estado (ALVES, 2005, p. 69-70).

As vantagens do sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos sobre o sistema *judicare* são óbvias, no entendimento de Cappelletti e Garth (1988), já que avança em relação a outros obstáculos de acesso à justiça, como desinformação jurídica e interesses difusos e de classe das pessoas pobres, além de possuir um custo menor.

Esses escritórios, que reúnem advogados numa equipe, podem assegurar-se as

vantagens dos litigantes organizacionais, adquirindo conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres. Advogados particulares, encarregados apenas de atender a indivíduos geralmente não são capazes de assegurar essas vantagens. Em suma, além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como no sistema *judicare*, esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos; 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.40) (itálicos no original).

Por outro lado, as desvantagens também existem no sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos, sendo que o mais sério dos problemas para Cappelletti e Garth (1988, p. 41) é o fato de ser um sistema subordinado que “[...] necessariamente depende de apoio governamental para atividade de natureza política, tantas vezes dirigidas contra o próprio governo”, tanto que nos Estados Unidos os advogados da assistência judiciária “[...]têm estado sob ataques políticos constantes[...]”.

Outras críticas tecidas ao segundo modelo é o risco que o advogado tem de negligenciar alguns casos individuais em detrimento de outros, especialmente tendo em vista a ponderação sob a perspectiva social, e também a posição paternalista de advogados ao se colocar nesta função de advogados dos pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.41).

A solução de manter equipes de advogados assalariados, se não for combinada com outras soluções, é também limitada em sua utilidade pelo fato de que — ao contrário do sistema *judicare*, o qual utiliza a advocacia privada — ela não pode garantir o auxílio jurídico como um direito. Para sermos realistas, não é possível manter advogados em número suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos. Por outro

lado, e não menos importante, é o fato de que não pode haver advogados suficientes para estender a assistência judiciária à classe média, um desenvolvimento que é um traço distintivo fundamental da maior parte dos sistemas *judicare* (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.42-43) (itálicos no original).

Para Lima, F. R. V. (2011, p. 57) este segundo modelo, ou seja, do *salaried staff*, mas na modalidade Defensoria Pública, é adotado pela Constituição de 1988, embora adiante será explicado a diferença entre a previsão normativa e o contexto fático atual bem como as especificidades do modelo institucional brasileiro.

O terceiro modelo de assistência judiciária apresentado no Projeto Florença ficou denominado de “Modelos Combinados”, pois a partir das limitações dos modelos apresentados (sistema *judicare* e advogados remunerados pelos cofres públicos) e da possibilidade de se complementarem entre si, mesclam os sistemas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.43).

Este modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres. Dessa forma, tanto as pessoas menos favorecidas, quanto os pobres como grupo, podem ser beneficiados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 44).

A realidade fática da assistência jurídica gratuita no Brasil é divergente de sua previsão constitucional, como se verá no próximo item. No Brasil, a situação da prestação de serviços jurídicos de assistência jurídica gratuita conta com a peculiaridade de cada ente estatal, do Distrito Federal e dos territórios e da União.

No mesmo sentido, há variação regional também das custas judiciais (SANTOS, 2011), não se podendo afirmar comparativamente entre os entes estatais o custo de um processo judicial.

No mesmo sentido, estudo realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional da Justiça chama atenção para os seguintes pontos nevrálgicos: a) carência da uniformidade nos conceitos, critérios, modelos de custas judiciais; b) discrepância dos valores cobrados nas diversas unidades federativas; c) falta de transparência da legislação relativa a essa matéria; d) políticas regressivas na fixação de custas em alguns estados, de modo a onerarem grau maior as classes econômicas inferiores; e) distorção entre valores praticados na 1º e 2º instância. Os resultados sugerem ainda uma relação paradoxal entre o Índice de Desenvolvimento Humano e Produto Interno Bruto dos estados e os valores de cobrança de custas (SANTOS, 2011, p.36).

Em Santa Catarina, por exemplo, o modelo de assistência jurídica gratuita adotado pelo estado-membro até 2012²⁴ era similar ao *sistema judicare*, no qual as partes contatavam advogados para ajuizamento de ações e estes profissionais recebiam valores do estado.

O fundamento desta atuação de advogados catarinenses na assistência judiciária contava com previsão na Constituição do Estado de Santa Catarina (art. 104) e também em legislação complementar (Lei Complementar n. 155/97)²⁵.

²⁴ Para análise da omissão do Estado de Santa Catarina na implementação da Defensoria Pública, recomenda-se a leitura de: CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. Acesso à justiça e cidadania. 2.ed. Chapecó: Argos, 2006. 227.p.

²⁵ A Constituição Estadual previa a seguinte disposição, atualmente revogada: “Art. 104. A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos de lei complementar”. A lei estadual complementar n. 155 de 1997 institui a Defensoria Pública, mas vinculou o seu exercício à Defensoria Dativa e à Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Santa Catarina – OAB/SC.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional²⁶ o modelo adotado em Santa Catarina, determinando que se implantasse a Defensoria Pública nos moldes determinado pela Constituição de 1988 e as normas gerais editadas pela União sobre defensoria pública.

Pelo modelo catarinense, a previsão era restrita ao processo judicial²⁷, como no *sistema judicare*, além de contar com a gestão da OAB de Santa Catarina, que recebia também por esta incumbência²⁸.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo representa, em certa medida, e a título de exemplo, o modelo combinado de

²⁶ Ementa da decisão do STF: Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994).

(ADI 4270, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012)

²⁷ Neste sentido, a Lei complementar n. 155/97: “Art.7º A remuneração pelo Estado ao Defensor Dativo e Assistente Judiciário, somente será devida quando a nomeação decorrer de pedido formulado pela parte interessada, por petição escrita, dirigida ao Juiz da Vara, verificada a insuficiência de recursos pelo magistrado ou autoridade judiciária competente para conhecer e julgar a pretensão civil ou criminal”.

²⁸ Neste sentido, a Lei complementar n. 155/97: “Art.5º A título de indenização pelas despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar, cabe à OAB/SC a importância equivalente a 10% (dez por cento) do total dos repasses financeiros”.

assistência jurídica gratuita, já que mantém²⁹, juntamente com o funcionamento da instituição, convênio³⁰ com a OAB de São Paulo para complementação dos serviços onde não se encontra presente a atuação da defensoria.

Atualmente, não é mais possível afirmar que nos entes de federativos brasileiros haja o sistema *judicare* operando de forma exclusiva, já que as defensorias retardatárias foram criadas nos últimos anos nos estados brasileiros, quais sejam, as Defensorias de Goiás, do Paraná e de Santa Catarina (MOURA, 2013, p.11).

Por outro lado, há comarcas ou seções judiciárias em que o sistema *judicare* é adotado em razão de não haver Defensoria Pública habilitada e instalada no local, especialmente para a

²⁹ No entanto, convém registrar que não há obrigatoriedade de que o convênio seja realizado com a OAB previsto na legislação paulista, o que levou o STF a proferir decisão: EMENTAS: [...] Art. 109 da Constituição do Estado de São Paulo e art. 234 da Lei Complementar estadual nº 988/2006. Defensoria Pública. Assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Previsões de obrigatoriedade de celebração de convênio exclusivo com a seção local da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB-SP. Inadmissibilidade. Desnaturação do conceito de convênio. Mutilação da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria. Ofensa consequente ao art. 134, § 2º, cc. art. 5º, LXXIV, da CF. Inconstitucionalidade reconhecida à norma da lei complementar, ulterior à EC nº 45/2004, que introduziu o § 2º do art. 134 da CF, e interpretação conforme atribuída ao dispositivo constitucional estadual, anterior à emenda. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida como ADPF e julgada, em parte, procedente, para esses fins. Voto parcialmente vencido, que acolhia o pedido da ação direta. É inconstitucional toda norma que, impondo a Defensoria Pública Estadual, para prestação de serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade de assinatura de convênio exclusivo com a Ordem dos Advogados do Brasil, ou com qualquer outra entidade, viola, por consequente, a autonomia funcional, administrativa e financeira daquele órgão público. (ADI 4163, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 29/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013)

³⁰ Convênio celebrado entre a Defensora e a OAB, ambos de São Paulo, encontra-se disponível no link: <http://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/documentos/conv%C3%AAnios/Termo%20de%20Conv%C3%AAnio%202016-2017.pdf>
Acesso em 10 jan. 2017.

defesa dos réus nos processos criminais (LIMA, F. R. V., 2011, p. 57).

Sobre as dificuldades e resistências encontradas na implementação das defensorias públicas, Santos (2011) discorre:

As atividades da defensoria são permanentemente ameaçadas por um risco de afunilamento. As deficiências estruturais e na cobertura dos serviços têm como outra face a sobrecarga de trabalho dos defensores públicos. Parte significativa do trabalho dos defensores é consumida por uma justiça altamente rotinizada (litígios individuais cíveis, casos criminais etc.), dificultando o investimento em áreas que consomem mais tempo de trabalho e preparação (litigação de interesses difusos e coletivos, educação para os direitos, resolução extrajudicial de conflito (SANTOS, 2011, p.35).

Santos (2011) exemplifica também como a tentativa frustrada de implantar a defensoria em Portugal em razão da resistência apresentada pela Ordem dos Advogados de Portugal por uma questão de disputa de mercado:

No Brasil, está-se a realizar aquilo que eu propus em Portugal, mas que não foi possível concretizar devido, sobretudo, à oposição da Ordem dos Advogados: a criação de uma defensoria pública. A experiência comparada mostra-nos que, quando a assistência judiciária é entregue à Ordem dos Advogados, não funciona com eficácia. A razão é simples: a Ordem dos Advogados que proteger o seu mercado, ou seja, reservar para a advocacia bem remunerada o desempenho profissional de qualidade. A lógica de mercado não lhe permite deslocar bons advogados para fazer assistência judiciária. Seria um contrassenso. Tem, por isso, que haver outro sistema. Mas, em Portugal, quando propus a criação do defensor público, que não é um funcionário do Estado, houve logo a reação de que se tratava de mais uma burocracia do Estado. O que eu

propunha era a criação de um instituto público, uma figura diferente da de um serviço público do Estado (SANTOS, 2011, p.32).

Por fim, em termos de opção por sistema de assistência jurídica, destaca-se a política de assistência jurídica respaldada pela OEA³¹ para implementação em seus Estados-membros.

No plano internacional, o modelo adotado pela Constituição Brasileira tem obtido importante reconhecimento. Em 2011 e 2012, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou por unanimidade duas resoluções – AG/RES. 2714 (XLII-O/12) e AG/RES 2656 (XLI-O/11) – recomendando a todos os países-membros a adoção do modelo público de Defensoria Pública, com autonomia e independência funcional (MOURA et al., 2013, p. 23)³².

Analisados os sistemas de assistência judiciária, dedica-se no próximo tópico a analisar o regime jurídico adotado no Brasil com a implementação da Defensoria, com os principais instrumentos jurídicos do ordenamento brasileiro sobre assistência jurídica e com o novo perfil constitucional dado a instituição desde 1988.

³¹ AG/RES 2656 (XLI-O/11) - "Garantias para o acesso à Justiça. O papel dos defensores oficiais" reforça a necessidade de implementação da Defensoria Pública nos Estados, com a garantia de autonomia e independência funcional aos Defensores. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2656_XLI-O-11_esp.pdf> Acesso em: 24 jan. 2017.

AG/RES. 2714 (XLII-O/12) - "Defensoria Pública Oficial como garantia de acesso à justiça para as pessoas em condições de vulnerabilidade". Disponível em: <<http://aidef.org/wp-content/uploads/2016/07/1371567651AGRES-2656.pdf>> Acesso em: 24 jan. 2017.

³² Em 2014, outra resolução foi editada AG/RES. 2801 (XLIII-O)13, no sentido de se fortalecer a autonomia institucional para garantia do acesso à justiça. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2801_XLIII-O-13.pdf> Acesso em: 24 jan. 2017.

3.2 A Defensoria Pública e assistência jurídica no Brasil

Num breve apontamento histórico, há de destacar que desde o período colonial brasileiro já havia previsão de ajuda aos pobres junto aos Tribunais, mas de cunho caritativo e de fortes traços religiosos, como, por exemplo, na normativa nas Ordenações Filipinas, no Livro III, Título 84, § 10º, no que isentava os mais pobres dos pagamentos das custas processuais (ALVES, 2005, p. 275).

Em sendo o aggravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde paga o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma dei Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo (ALMEIDA, 1870, p. 695).

Weintraub (2000, p. 241-242) aponta ainda que as Ordenações Filipinas tiveram vigência até 1917, com a vigência do Código Civil de Clóvis Beviláqua, que também sofreu influência significativa das ordenações, e que o amparo legal aos necessitados não era como uma decorrência do devido processo legal, mas sim em observância aos princípios cristãos de caridade.

Assim, no contexto colonial e historicamente, a assistência jurídica gratuita era vista mais como uma caridade e solidariedade dos advogados, numa atuação de cunho moral, e não como um serviço e/ou dever de prestação/cumprimento do Estado, tanto que não havia dispêndios das finanças públicas para o custeio deste serviço (ALVES, 2005, p. 67).

Em termos de organização, o marco normativo mais importante da assistência jurídica brasileira, apontado por Chiaretti (2014, p. 193), é o decreto n. 2.452³³, de 8 de fevereiro de 1897, que, promulgado após reivindicações, serviu como referência para conceitos posteriores sobre acesso à justiça.

³³ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/login/fed/decret/1824-1899/decreto-2457-8-fevereiro-1897-539641-publicacaooriginal-38989-pe.html> Acesso em 10 jan. 2017.

[...] esta norma formatou várias das características da assistência judiciária no Brasil, das quais destacamos: i) possibilidade de concessão do benefício indistintamente a autor e réu em processo civis e criminais; ii) adoção de um critério relativo para aferição da hipossuficiência; iii) garantia da gratuidade de praticamente todos os custos processuais; iv) garantia da assistência por um advogado. Todas essas características foram adotadas por muitos dos modelos que surgiram na esteira do Decreto n. 2.457/1897 e permaneceram em todo o desenvolvimento da assistência jurídica brasileira durante o século XX (CHIARETTI, 2014, p. 194).

No entanto, não se deve olvidar a existência de modelo paralelo ao decreto n. 2.452 de 1897, que passou a coexistir com o decreto n. 17.231-A, de 1926, no âmbito da Justiça Militar, trazendo a figura do advogado de Ofício que atuava perante a Justiça Militar:

Este defensor integrava os quadros da Justiça Militar (art. 5^o) e a norma em questão trazia a garantia expressa de que “[n]enhum acusado, salvo quando revel, será processado sem assistência de advogado ou curador” (art. 209. Nota-se, portanto, que o advogado de ofício, por integrar os quadros da Justiça Militar, representa um modelo de assistência judiciária diferente daquele praticado à época nos termos do Decreto n. 2.457/1897, o que iria influenciar a constituinte de 1934 alguns anos depois. Ademais, a estrutura da advocacia de ofício na Justiça Militar serviu, muitas décadas depois, para dar início às atividades da Defensoria Pública da União (CHIARETTI, 2014, p. 194).

Apesar de, então, já existir legislação sobre a assistência jurídica no Brasil, esta apenas passou a figurar no texto constitucional com a Constituição de 1934 (MOREIRA, 1992, p. 61), atribuindo à União e aos estados a responsabilidade pelo

cumprimento destes serviços, inserida no capítulo “Dos Direitos e das Garantias Individuais”:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. [...]

Para Moreira (1992, p. 61), a Constituição de 1934, ao tratar de forma específica e direcionada à assistência judiciária, não consagrou o direito genérico de acesso ao judiciário, sendo superveniente com a Constituição de 1946, em seu art. 141: “[...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. [...]”.

Em 1937, o texto constitucional foi omissivo, retomando assento na Constituição de 1946, que manifesta preferência pelo modelo estatal de prestação de serviço. Em 1967, a constituição limitou-se a tratar a matéria de forma vaga, sem qualquer responsabilização do Estado ou de um dos seus entes (RE, 2013, p.30)

Sob a vigência da constituição de 1946 e do Código de Processo Civil de 1939, lei n. 1.060/50 representou um avanço à época na garantia da isenção de taxas, custas e despesas processuais, tornando-se anacrônica com o passar do tempo em razão de permanecer estagnada sem reformas legislativas, tanto que sequer contava com distinção clara entre assistência jurídica gratuita e gratuidade de justiça (MENDES; SILVA; BARRETO, 2015, p. 30).

O direito de assistência jurídica encontra respaldo também no âmbito das normas internacionais. Weis (2002, p.5) esclarece que, apesar desse direito se inserir no rol de direitos econômicos, sociais e culturais como uma contraprestação do Estado, o instrumento normativo que lhe dá reconhecimento é o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966).

Nos termos da primeira redação art. 134 da Constituição de 1988: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função

jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. O art. 5º, LXXIV, prevê ainda hoje, sem alteração do seu texto original, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Uma das mais significativas inovações da nova Constituição brasileira foi a criação da Defensoria Pública, como órgão estatal encarregado de efetivação do direito à assistência jurídica, garantida a todas as pessoas que “comprovarem insuficiência de recursos”, avançando significativamente da mera previsão da concessão da assistência judiciária ou jurídica aos necessitados, à criação de um órgão estatal incumbido de prestar tal serviço, o que assemelha-se ao que ocorreu no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos (WEIS, 2013, p. 153).

Desta forma, apenas em 1988 é que se abandona o conceito de assistência judiciária, adotando-se um novo conceito com aporte constitucional, qual seja: a assistência jurídica gratuita e integral (GONÇALVES, R.M., 2008, p. 8).

A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo 'judiciário', mas passa a compreender tudo que seja 'jurídico'. A mudança do adjetivo qualificador da 'assistência', reforçada pelo acréscimo do 'integral', importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera *judicial*, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de

informação e aconselhamento em assuntos jurídicos (MOREIRA, 1992, p. 72).

Igualmente com a Constituição de 1988 é que a Defensoria Pública passou a ter previsão e *status* constitucional como instituição responsável pela assistência jurídica gratuita e integral, configurando-se como conteúdo material das cláusulas pétreas constitucionais previstas no art. 60.º, § 4.º, I a IV³⁴. (MENEZES, 2011, p.137).

Em razão de sua importância e essencialidade na preservação igualitária da ordem jurídico-constitucional, a Defensoria Pública constitui parte integrante da identidade política, ética e jurídica da Constituição Federal, estando sua existência e suas características elementares permanentemente preservadas da ação erosiva do poder constituinte derivado (ESTEVES; SILVA, 2014, p.29).

Sobre o modelo de assistência jurídica adotado pela Constituição de 1988, Ré (2015) discorre:

Realmente, o modelo adotado no Brasil é público e institucionalizado, na medida em que refuta a política corporativista, demandista ou simplesmente judiciária de atendimento, mas opta por uma política preventiva e informativa de atuação, por meios jurídicos-sociais, dotada de métodos multidisciplinares e participativos de prevenção e de solução de conflitos, bem como de uma gestão democrática, com objetivos e metas dialeticamente definidas. De fato, o Brasil opta por um modelo de afirmação do direito de acesso à Justiça em benefício

³⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

das chamadas “minorias” (não em termos de quantidade, mas de poder), com declarado foco no interesse público à efetiva e substancial igualdade (RÉ, 2015, p 30).

Sadek (2013) situa a Defensoria Pública como a mais nova instituição do sistema de justiça, sendo parte indissociável das questões sobre igualdade e inclusão social, que singularizam a Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 é, sem dúvida, um marco na história dos direitos tanto individuais como coletivos e uma baliza no processo de assistência jurídica no País. Direitos individuais e supraindividuais foram reconhecidos e instituições foram arquitetadas para a salvaguarda desses direitos. O rol de direitos constitucionalizado é amplo, abrangendo direitos de primeira, de segunda, de terceira e de quarta geração. Do ponto de vista dos direitos, o Brasil foi alçado a uma posição de destaque no concerto de nações democráticas. Em poucas palavras, a Constituição de 1988 formalizou a institucionalidade democrática, baseada em princípios de igualdade e de liberdade. O direito de acesso à justiça é o direito primeiro, é o direito garantidor dos demais direitos, é o direito sem o qual todos os demais direitos são apenas ideais que não se concretizam. A assistência jurídica voltada para os hipossuficientes é, pois, o móvel indispensável para a realização dos direitos e, em consequência, da igualdade (SADEK, 2013, p. 20).

No entanto, apesar do avanço normativo-constitucional de 1988, o primeiro estudo diagnóstico realizado pelo Ministério da Justiça, no ano de 2004 (26 anos depois), apresentou dados concretos sobre a situação das defensorias públicas dos estados, do Distrito Federal e da União, com registro para criação e instalação de defensorias mesmo antes da previsão constitucional de 1988.

A mais antiga Defensoria Pública do País é a do Rio de Janeiro, instalada em 1954, com 50 anos de existência. Depois dela, a com mais longa atividade é a de Minas Gerais, com 23 anos. A maior parte (77%) das DPs foram criadas após a Constituição de 1988. Dentre as 22 em análise, a mais recente foi instalada em 2002: Rondônia. A média de idade das DPs é de 13 anos, com mediana de 11 anos. As médias de idade das DPs variam segundo os quartis: 11 anos no primeiro, 9 anos no segundo e 12 anos no terceiro. A média mais alta, 26 anos, é encontrada no quarto quartil (BRASIL, 2004, p. 47).

A edição de disposições normativas infraconstitucionais sobre matéria Defensoria Pública e assistência jurídica devem ser analisadas a partir da técnica de repartição de competência adotada pela constituição de 1988, que, inspirada na Constituição de Weimar de 1919, adota a técnica vertical não cumulativa³⁵, na qual a União edita normas gerais e os Estados e Distrito Federal normas específicas (FERNANDES, 2015, p. 745).

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

³⁵ Fernandes (2015, p. 745) escreve que na técnica vertical cumulativa não há limites previamente definidos para a atuação concorrente dos entes da federação, e que no Brasil adota um sistema complexo de repartição de competência: “[...] trabalhando tanto a repartição horizontal (de competências enumeradas e remanescentes) quanto a repartição vertical (de competências concorrentes e comuns), tendo o objetivo de desenvolver um federalismo de equilíbrio (ainda em processo!), no qual permeiam competências privativas (ou exclusivas), remanescentes, comuns e concorrentes entre os entes que compõem a Federação (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal)”.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Com a adoção da técnica de repartição de competência concorrente não cumulativa ou vertical para o tratamento da assistência jurídica e Defensoria Pública, tem-se que cabe à União legislar sobre normas gerais e aos Estados e Distrito pormenorizar a norma nacional. Isso não implica hierarquia entre as normas editadas pela União com as do Estado e Distrito Federal, em razão da divisão material de competência (ESTEVES; SILVA, 2014, p.60-61).

Daí, em 1994, a União editar a Lei complementar federal n. 80, a qual (a) organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e (b) prescreveu normas gerais para organização nos Estados, além de outras providências, sendo que para a organização das primeiras – item (a) – (Defensoria Pública da União e do Distrito Federal) o fundamento constitucional decorreu da previsão do contido art. 21, XIII, e art. 22, XVII³⁶ da Constituição de 1988.

A lei complementar federal n. 80/94, além adotar normas que alcançam apenas a União e Distrito Federal e Territórios, projetou normas gerais para as defensorias dos Estados,

³⁶ Antes de 2012, a redação constitucional mantinha o Defensoria do Distrito Federal dentre as competências da União para organização e manutenção. Atualmente, conta com a seguinte redação: “Art. 21. Compete à União: [...] XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012) [...] e Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012) (Produção de efeito) [...]”.

consagrando-se também como norma nacional (ESTEVEZ, SILVA; 2014, p. 68)

Daí, tecnicamente, ser mais apurado se falar em defensorias públicas, que congloba atualmente os 26 estados federados, o Distrito Federal e a União. Não havendo possibilidade legal expressa de organização de Defensoria Pública pelo ente municipal³⁷.

A propósito, a abordagem aqui apresentada objetiva a uma análise da possibilidade da atuação da Defensoria, em suas funções institucionais, como um todo sem priorizar um ramo (estadual e federal) em detrimento de outro, mas certo de que possuem campos de atuações diferentes, mas não estanques, que demanda entre si diálogo, reciprocidade e unidade de atuação.

Mesmo se organizando em defensorias públicas, é de se observar, à esta pluralidade de órgãos, a unidade da instituição Defensoria Pública no que se refere à atuação de seus membros, a qual evita uma atuação desfragmentada e faccionada, objetivando a unidade evitar a ruptura do serviço e fazer prevalecer contínuo e permanentemente a atuação institucional e os mecanismos que lhes são inerentes (GALLIEZ, 2010, p. 38).

No entanto, o delineamento institucional da Defensoria Pública não permaneceu estanque no tempo nem paralisada diante das demandas sociais, caminhando com elas. O resultado foi uma sequência de inovação legislativa e constitucional, que (re)definiu a instituição.

Coube especialmente a dois diplomas legais sacramentar a mudança de perfil da Defensoria Pública, rumo ao solidarismo. Em primeiro lugar, cronologicamente, veio a Lei n. 11.448/07, que deu a Defensoria, de maneira ampla, legitimidade para a propositura de

³⁷ Sobre esta discussão, o STF possui a ADPF n. 279, ainda pendente de julgamento, em que Procuradoria Geral da República (PGR) questiona leis municipais de Diadema (SP) que dispõe do serviço de assistência jurídica e da Defensoria Pública, sendo que o andamento processual pode ser acessado no link: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=279&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>
Acesso em 11.01.2017.

ações civis públicas. Dois anos depois, tivemos a LC n. 132, de 07 de outubro de 2009, que alterou inúmeras disposições da LC n. 80/94, a lei orgânica da instituição. Mais do que simplesmente alterar disposições específicas, a LC n. 132/09 significou a superação definitiva da idade individualista da Defensoria (SOUSA, 2010, p.57).

Mais precisamente, pode-se apontar cronologicamente as seguintes alterações legislativas relevantes para definição da atuação institucional: a) em 2006, a lei n. 11.417, que legitimou o Defensor Público-Geral da União para propor a edição, revisão ou cancelamento de enunciados de súmula vinculante; b) em 2007, a lei n. 11.448, que autorizou legislativamente a legitimidade da Defensoria para ajuizamento de ação civil pública; e c) em 2009, a lei complementar federal n. 132; que apresentou inúmeras modificações à instituição.

A Constituição de 1988 sofreu as seguintes alterações pelo poder constituinte derivado: a) em 2004, a Emenda Constitucional n. 45; que garantiu autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária às defensorias estaduais; b) em 2013, a Emenda Constitucional 74, que conferiu autonomia à Defensoria Pública da União; e c) em 2014, a Emenda Constitucional 80, que (re)definiu a atuação e topografia constitucional da instituição em sede constitucional com base na atuação prática e na legislação vigente, prevendo ainda que no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais.

Sousa (2011) aponta que a lei complementar federal n. 132/09 representou um marco histórico fundamental para a Defensoria Pública brasileira, que inspirada na atuação diária dos defensores públicos, atualizou a legislação originária (lei complementar federal n. 80/94 - com 27 vetos presidenciais na sua promulgação), e destaca, dentre as inovações:

a) A inserção de uma nova definição para a defensoria pública, agora reconhecida como “expressão e instrumento do regime democrático”, ligada visceralmente à promoção dos direitos humanos;

- b) A positivação de “objetivos da defensoria pública”, começando pela “primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais”;
- c) A ampliação das funções institucionais, com ênfase na atuação extrajudicial e na tutela coletiva; a extensão das chamadas funções institucionais “atípicas”, comprometendo-se a defensoria com “grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do estado” e com pessoas vitimadas por formas graves de opressão ou violência, independentemente da situação econômica individual;
- d) A enumeração de direitos dos assistidos da defensoria pública, rol inédito no sistema de justiça nacional;
- e) A democratização ampla da instituição, com a previsão de audiências públicas para o planejamento das ações institucionais e, no tocante especificamente às defensorias estaduais, o estabelecimento de ouvidoria externa, outra medida de vanguarda entre as corporações jurídicas brasileiras;
- f) A reformulação de inúmeras normas relativas à defensoria pública da união. (SOUSA, 2011, p. xi).

Ressalta-se a criação do cargo de Ouvidor-Geral da instituição, que visa promover a qualidade dos serviços prestados, e não pode ser ocupado por integrante de carreira, mas por cidadãos de reputação ilibada, não, indicados em lista tríplice formada pela sociedade civil, para mandato de 2 (dois) anos, permitida 1 (uma) recondução (art. 105-A e art. 105-B da Lei complementar 80/94).

Luciana Zaffalon ressalta a importância das ouvidorias, relacionando-as à perspectiva de restauração do Estado Democrático de Direito no Brasil com os preceitos estruturantes de participação social e de valorização dos mecanismos de exercício de direito direto da vontade popular na administração pública (CARDOSO, 2013, p.35).

Rosenblatt et al. (2014) apontam que com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004³⁸, uma nova roupagem foi dada à Defensoria Pública, com a previsão de desligamento da estrutura do Estado, especialmente do Poder Executivo, garantindo-se constitucionalmente uma instituição forte, autônoma e independente para prestação da assistência jurídica gratuita e integral.

Ora, o desligamento da Defensoria do aparato estatal indica, propositalmente, que o seu compromisso é o de dar concretude à garantia prevista no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. Apesar de mantida por meio do repasse do Estado, a Defensoria, por ter sua autonomia reconhecida, tem liberdade para projetar suas metas e conduzir a sua atuação, voltada, primordialmente, à “orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita”, como já lembrado. Inegável, desta feita, que se trata de uma instituição criada para o Povo e que somente a ele deve prestar contas (ROSENBLATT et al., 2014, p. 34).

³⁸ A Emenda Constitucional 45/2004, também conhecida como Reforma do Judiciário, promoveu a seguinte inserção no que se refere às defensorias estaduais: "Art. 134. [...]"

§ 1º (antigo parágrafo único) [...]"

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º." (NR)

"Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º."

Weis (2007) destaca a introdução das autonomias (administrativa e funcional) pela Emenda Constitucional n. 45/2004 como pressuposto do próprio direito de assistência jurídica como concebido em 1988 e da instituição que o promove gratuitamente:

E isso na medida em que se percebeu que a realização plena do direito à assistência jurídica dependia da outorga de mecanismos complementares que garantissem a desvinculação da política de atuação da Defensoria Pública, daquela própria do Poder Executivo, de modo a afastar relação de subordinação entre ambos, capaz de tolher o objetivo constitucional.

Logo, é certo que a Constituição Federal erigiu um sistema em que foi previsto o direito fundamental à assistência jurídica, concomitantemente à criação de uma garantia institucional para a efetivação de tal direito, qual seja, a “Nova Defensoria Pública”, tudo para que o cidadão tivesse meios de exigir a realização de seus direitos, dentre os quais aqueles que são exercidos contra o Estado, na figura do Poder Executivo. Em decorrência, havia que se dotar a Defensoria Pública dos meios que a tornassem autônoma em relação àquele ente contra o qual muitas vezes opera, sem o que estaria em risco a própria realização do direito a uma assistência jurídica “integral” (WEIS, 2007).

Em 2013, foi aprovada a emenda constitucional n. 74, de 6 de junho³⁹, a qual estendeu a autonomia funcional e administrativa

³⁹ Presidente da República, no ano de 2015, questionou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.74/2013, sendo julgado improcedente o pedido: “EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 134, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, INCLUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 74/2013. EXTENSÃO, ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DA UNIÃO E DO DISTRITO FEDERAL, DA AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA E DA INICIATIVA DE SUA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA, JÁ ASSEGURADAS ÀS DEFENSORIAS

PÚBLICAS DOS ESTADOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. EMENDA CONSTITUCIONAL RESULTANTE DE PROPOSTA DE INICIATIVA PARLAMENTAR. ALEGADA OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, “c”, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. USURPAÇÃO DA RESERVA DE INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 2º E 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA NÃO DEMONSTRADOS.

1. No plano federal, o poder constituinte derivado submete-se aos limites formais e materiais fixados no art. 60 da Constituição da República, a ele não extensível a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, prevista de modo expresse no art. 61, § 1º, apenas para o poder legislativo complementar e ordinário – poderes constituídos. 2. Impertinente a aplicação, às propostas de emenda à Constituição da República, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de emendas às constituições estaduais sem observância da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, fundada na sujeição do poder constituinte estadual, enquanto poder constituído de fato, aos limites do ordenamento constitucional federal. 3. O conteúdo da Emenda Constitucional nº 74/2013 não se mostra assimilável às matérias do art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição da República, considerado o seu objeto: a posição institucional da Defensoria Pública da União, e não o regime jurídico dos respectivos integrantes. 4. O art. 60, § 4º, da Carta Política não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na Constituição. A concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem constitucional. Ampara-se em sua própria teleologia, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV). 5. Ao reconhecimento da legitimidade, à luz da separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III, da Lei Maior), de emenda constitucional assegurando autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União não se desconsidera a natureza das suas atribuições, que não guardam vinculação direta à essência da atividade executiva. Fumus boni juris não evidenciado. [...] (ADI 5296 MC, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016)”.

à Defensoria Pública da União, que não havia sido contemplada com a alteração de 2004, restrita apenas às defensorias estaduais.

Em 2014, com a Emenda Constitucional n.80⁴⁰, há uma reformulação constitucional do perfil e das atribuições da

⁴⁰ A Emenda Constitucional n. 80/94 em sua íntegra conta com o seguinte texto:

“Art. 1º O Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, passa a vigorar com as seguintes alterações:

TÍTULO IV

DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

.....

CAPÍTULO IV

DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

.....

Seção III

Da Advocacia

.....

Seção IV

Da Defensoria Pública

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

.....

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.”(NR)

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

Defensoria Pública, passando o art. 134 a contar com nova redação:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Esta nova previsão constitucional consagra a Defensoria Pública como (1) instituição permanente, (2) como expressão e instrumento do regime democrático, (3) com incumbência na promoção de direitos humanos e (4) também na defesa de direitos coletivos aos necessitados. É uma alteração normativa extremamente importante, já que dialoga diretamente com uma visão de “necessitados” mais ligada à ideia de vulnerabilidade do que com a concepção de insuficiência de recursos.

Certo é que a Emenda Constitucional n. 80 de 04 de julho de 2014 estabeleceu uma seção própria (exclusiva) para a Defensoria Pública nas funções essenciais à justiça (Seção IV do Capítulo IV) e explicitou que são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidades, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-lhe também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 da Constituição de 1988 (FERNANDES, 2015, p.1110).

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional." Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação".

Para Fernandes (2015), os princípios institucionais foram apenas constitucionalizados, porquanto já se encontrarem previstos na lei Complementar federal n. 80/94 (com alteração da lei complementar federal n. 132/09).

As funções desempenhadas pela Defensoria Pública foram classificadas tradicionalmente em típicas e atípicas, sendo estas, diferentemente daquelas, voltadas a prestação de assistência jurídica gratuita independentemente da situação econômica do beneficiário, dispensando a comprovação de insuficiência econômica (MORAES, 1995, p. 24 e LIMA, F. R.V., 2011, p.165).

O fundamento para o exercício das funções atípicas era de que a Constituição era silente no que se refere às descrições das funções da Defensoria Pública, não impedindo a ampliação da atuação pelo legislador ordinário, e também a partir de uma interpretação da expressão insuficiência de recursos de forma ampliada em que a necessidade não fosse analisada apenas sob a ótica do critério econômico (LIMA, F. R.V., 2011, p.166).

Sousa (2010), por outro lado, esclarece a lógica desta classificação tradicional das funções da instituição:

Aceitando por ora a classificação tradicional, mas só por ora, dela resulta que as atribuições típicas teriam conexão com a situação econômica do assistido, ao passo que as atípicas estariam completamente desvinculadas desse critério econômico (o assistido pode até ser pobre, mas este dado, como ocorre na curadoria especial, nenhuma relação tem com o atuar da Defensoria) (SOUSA, 2010, p.187).

No entanto, Sousa (2010) critica a concepção tradicional, fundada num modelo individualista, acanhada e suficiente para compreender as funções institucionais da Defensoria Pública, especialmente com o advento da LC n. 132/09, destacando no mínimo 5(cinco) atribuições institucionais aparentes:

a) atribuições ligadas à carência econômica (à qual equiparamos a carência jurídica da Lei 1.060/50; b) atribuições nas quais se tem, concomitantemente, a proteção de pessoas carentes e não carentes, como acontece, v.g.,

em uma ação civil pública relativa a direitos difusos (assunto que adiante merecerá maior atenção); c) atribuições que beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente carentes, como, por exemplo, a representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada (exemplo que adiante comentaremos com mais vagar); d) atribuições direcionadas a sujeitos protegidos especialmente pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não econômica, a exemplo de um portador de deficiência (outro exemplo ao qual voltaremos); e) e atribuições em favor primordialmente de valores relevantes do ordenamento, conforme as hipóteses, já mencionadas, da defesa do réu sem advogado na área criminal e da curadoria especial na área cível (SOUSA, 2010, p. 188).

Partindo da lógica acima, Sousa (2010) propõe uma nova classificação das atribuições institucionais: a) tradicionais (tendencialmente individualista) e b) não tradicionais (tendencialmente solidarista):

- a) de um lado, as atribuições “tradicionais” – porquanto ligadas ao mister básico (mínimo) da Defensoria desde os seus primórdios –, ou “tendencialmente individualistas”, compreendendo apenas o item “a” do rol enunciado mais acima (atribuições ligadas ao critério econômico);
- b) Do outro lado, as atribuições “não tradicionais”, ou “tendencialmente solidaristas”, abrangendo todos os demais itens (“b”, “c”, “d” e “e”) do rol acima (SOUSA, 2010, p. 189).

Daí, também, suscitar os apontamentos de Grinover (2011, p.165) para uma nova perspectiva do entendimento do conceito de necessitado, no sentido de transcender os economicamente necessitados, para abranger uma perspectiva organizacional decorrente do *status* social e econômico.

Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente, etc. (GRINOVER, 2011, p.155).

Uma das facetas do acesso à justiça é a assistência jurídica gratuita e integral prestada pela Defensoria Pública, que engloba tanto a atuação no processo judicial como a atuação extrajudicial. A atuação extrajudicial permite a possibilidade de soluções do litígio sem ajuizamento de um processo judicial como, por exemplo, a mediação, a orientação jurídica e a educação em direitos.

Com este novo perfil constitucional, que lhe concede um regime jurídico especial, a Defensoria Pública consagra-se como instituição essencial à justiça, numa perspectiva mais ampla de atuação, preocupada com a resolução dos conflitos, com a defesa dos vulneráveis e com a promoção dos direitos humanos.

3.3 Funções institucionais da Defensoria Pública e a defesa do direito dos povos indígenas

Dentre as diversas funções institucionais⁴¹ da Defensoria Pública, há de se destacar aquelas que potencialmente têm maior

⁴¹ Lei complementar n. 80/94 elenca as funções institucionais: “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

~~VI – atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;~~

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IX – impetrar **habeas corpus**, mandado de injunção, **habeas data** e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XII - (VETADO);

XIII - (VETADO);

XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso

alcance na defesa dos direitos indígenas, sem prejuízo da aplicação e efetividade das outras atribuições institucionais. Assim, abordar-se-á nesta dissertação a educação em direitos⁴²,

não constituir advogado; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XIX – atuar nos Juizados Especiais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)”.
 42 Nascimento (2014, p. 1051) aponta que o tratamento doutrinário diverge no que se refere à nomenclatura: “Expressões como ‘educação em direitos humanos’, ‘educação jurídica popular’, ‘educação popular em direitos’, ‘assessoria jurídica popular’, ‘advocacia popular’, ‘educação constitucional’ etc. são todas expressões que, embora não sejam sinônimas, possuem, em essência, algo em comum à medida que todas fazem um trabalho muito próximo do que fora até aqui descrito, no sentido de problematizar os conhecimentos que envolvem o direito e o exercício mais consciente da cidadania. Essa diversidade de expressões evidencia uma tentativa doutrinária de classificar os diferentes movimentos

a tutela coletiva de direitos e a atuação perante o sistema interamericano de direitos humanos, o que não torna de menor importância as outras atuações institucionais.

As funções institucionais desempenhadas e previstas no texto da lei orgânica da instituição não são taxativas nem mesmo se restringem às elencadas no art. 4º (da lei complementar federal n. 80/94), já que pode haver previsão legal diversa ou decorrer do próprio texto constitucional (ESTEVEZ, SILVA; 2014, p. 332) e, também, em instrumentos jurídicos internacionais.

Vale exemplificar⁴³ as principais áreas de atuações concretas realizadas pela Defensoria em relação aos direitos dos povos indígenas, destacando-se: a) a garantia da inclusão na certidão de nascimento do sobrenome com origem nas etnias indígenas; b) a defesa dos genitores indígenas em ação de destituição familiar, evitando-se adoção por terceiros ou, ainda que seja colocada em família substituta, respeitados a manutenção da criança em povos de mesma etnia; c) a defesa na esfera penal; d) o acesso à saúde; e) o acesso à previdência social; e f) o acesso à direitos culturais (GIFFONI, 2015, p. 94-149).

A educação em direitos parte da ideia de que a desinformação jurídica das pessoas não permite a identificação do direito e suas violações, que funciona como pré-requisito indispensável ao exercício de outros direitos (ESTEVEZ, SILVA; 2014, p. 340), motivo pelo qual foi incumbida à Defensoria Pública, com previsão expressa legal, a função institucional de promoção da difusão e da conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

Infere-se, portanto, que a educação em direitos é um mecanismo de acesso à justiça e apresenta-se como um dos potenciais meios

conforme suas diferenças metodológicas, finalísticas e os atores que as promovem”.

⁴³ Os casos citados podem ser acessados em: GIFFONI, Johny Fernandes. A Defensoria Pública e a defesa dos direitos das populações indígenas. In: BURGER, Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio Sales Pereira. **Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia**. Brasília: Anadep, 2015. p. 94-149. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

de transformação da realidade social à medida que visa e melhor exercício da cidadania, mormente em prol dos materialmente hipossuficientes. Não se trata de prática assistencialista, caritativa ou filantrópica, mas instrumento de libertação para que as pessoas hipossuficientes possam, por si e unindo-se, reivindicarem seus direitos (NASCIMENTO, 2014, p. 1052).

Nascimento (2014, p. 1040) ao abordar, numa interpretação sistemática, a educação em direitos como decorrência lógica da assistência jurídica e do próprio direito à educação previstos no texto constitucional⁴⁴, a concebe como “*direito ao conhecimento dos direitos*” e como parte integral do rol de direitos fundamentais.

O direito fundamental à educação tem umbilical relação com a efetividade da cidadania enquanto um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. A Constituição Federal concebeu a educação como instrumento de construção de cidadania das pessoas e, nesse sentido, não há como se pensar em cidadania sem o mínimo de conhecimento sobre as leis que regem o país. Daí se infere que a interpretação sistemática das normas constitucionais conduz ao direito ao conhecimento dos direitos como um direito fundamental correlato aos fundamentos e objetivos fundamentais do Estado brasileiro (NASCIMENTO, 2014, p. 1041).

A lei complementar federal n. 80/94 apresenta em incisos diferentes a orientação jurídica (inciso I) e a educação em direitos (inciso III), porquanto representa atividades com objetivos distintos.

⁴⁴ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A orientação jurídica é vista como uma atuação em que o Defensor, num discurso que enfatiza a dogmática, age no sentido de realizar um aconselhamento jurídico, de apresentar informações jurídicas e técnicas, os possíveis riscos e soluções para o caso concreto, situação-problema ou um litígio apresentado (REIS, 2011, p.727).

Assim, é de se esclarecer que nem todos aqueles que buscam o atendimento da Defensoria Pública pretendem o ajuizamento de um processo judicial ou uma defesa processual, já que em muitos dos atendimentos realizados o que se anseia é uma orientação jurídica sem judicialização como objetivo final obrigatório. Ou seja, pretende-se um aconselhamento sobre uma situação-problema que indique as vantagens, as desvantagens, os direitos, os deveres e os riscos, com intuito de prevenir, solucionar ou encorajar o litígio (REIS, 2013, p.727).

Por outro lado, a educação em direitos ou educação jurídica popular (REIS, 2013, p. 738) tem um papel social transformador e emancipatório, pois visa esclarecer a um determinado grupo ou comunidade acerca de seus direitos, com intuito de favorecer o processo de empoderamento do sujeito, sem que isso se configure ou objetive à resolução de um caso concreto ou individualizado como ocorre na orientação jurídica.

Albuquerque Filho e Rodrigues (2016, p. 124) escrevem que nos serviços legais tradicionais as características decorrentes são o enfoque a demandas individuais, em uma relação vertical entre jurista e cliente e numa postura assistencialista, em que o conhecimento jurídico é abordado de forma dogmatizada, e propõe uma assessoria jurídica popular com enfoque em demandas coletivas ou individuais que repercutam coletivamente, numa relação horizontal com intuito de desmistificar o conhecimento jurídico e interagir com o conhecimento popular.

Neste sentido, deve-se atentar, quando se aborda uma perspectiva educacional de atuação e até para que não se reproduza nas atuações funcionais das instituições do sistema de justiça, para o perfil elitista e conservador da formação jurídica dos estudantes no Brasil desde a instalação das faculdades de direito.

Fonseca (2008, p.266-267), ao abordar a formação da cultura jurídica no Brasil do século XX, destaca que a criação dos cursos de direito apenas se deu no início do Império e indicava representar um reflexo da vontade da elite local na formação de quadros burocráticos e pensantes, já que Portugal não tinha

interesse na promoção cultural da colônia, até mesmo para manter o vínculo de dependência, diversamente como ocorria na colonização espanhola.

A assessoria jurídica popular, e também a educação em direitos, quando atual em sede de educação jurídica indígena, possui dois enfrentamentos (ALBUQUERQUE; ALBUQUERQUE FILHO; RODRIGUES, 2016, p. 125-126). O primeiro enfrentamento resulta na judicialização para satisfação e efetividade dos direitos indígenas, individuais ou coletivos e não implementados, levando ao Judiciário a responsabilidade da mediação dialógica e intercultural. O segundo enfrentamento, o processo de educação em direitos (participativo e com práticas de mediações) nas comunidades indígenas visa a implementação da política de autonomia indígena prevista na Convenção 169 da OIT.

Daí, Albuquerque, Albuquerque Filho e Rodrigues (2016, p. 125) destacarem a prática jurídica com sustentada “ [...] nas assessorias jurídicas populares podem construir um contra-discurso. Uma educação jurídica e prática jurídica indígena se constituem como importante mecanismo de mudança social, defesa e contestação”.

O alcance da educação em direitos é numericamente relevante, assim como é também a atuação da Defensoria Pública em sede instrumental de tutela coletiva. Destaca-se que, mesmo antes da edição da Lei de Ação Civil Pública no ano de 1985, já havia registro de atuação da Defensoria Pública em ações coletivas (MINATEL, FONSECA; 2013, p. 278), que, embora absorva em sua maioria ações individuais, eis a razão também para sua atuação coletiva, pois a partir das múltiplas ações individuais, consegue traçar estratégias coletivas:

Não se questiona que a temática mais corrente da Defensoria Pública é mesmo a tutela individual, que chega à instituição através de seu atendimento inicial (triagem). São pleitos relativos ao direito de família (divórcio, alimentos, regulamentação de visitas, guarda etc.), questões patrimoniais (cobrança de crédito, parcelamento de dívidas etc.), relativas ao direito à saúde (medicamentos, consultas médicas etc.), dentre outras.

Todavia, na Defensoria Pública, em razão do direto contato dos órgãos de execução com a população carente através do atendimento ao público, aportam questões que podem e devem ser resolvidas de forma responsável pela tutela coletiva (MINATEL, FONSECA; 2013, p. 289).

A tutela coletiva significa que a defesa do direito realizada se utilizará de mecanismos ou instrumentos coletivos de defesa. Coletivo aqui não é o direito material tutelado, mas o instrumento adotado (ZAVASCKI, 2005, p.24-25). Tutela individual significa, por outro lado, que a defesa do direito realizada se utilizará de mecanismos ou instrumentos individuais de defesa. Individual aqui não é o direito material tutelado, mas o instrumento adotado.

Tartuce e Neves (2013) ao discorrer sobre as espécies de direitos protegidos pela tutela coletiva afastam, por falta de relevância, a distinção realizada por parte da doutrina entre interesses e direitos, tratando-os como sinônimos e indicando as espécies, a partir da definição do Código de Defesa do Consumido: 1) interesses ou direitos difusos, que são transindividuais, indivisíveis, tem por titulares sujeitos indeterminados e ligados por circunstância de fato; 2) interesses ou direitos coletivos, que são transindividuais, indivisíveis, tem por titulares sujeitos pertencente a um grupo, categoria ou classe, ligados entre si por uma relação jurídica base; e 3) direitos individuais homogêneos, como aqueles que possuem uma origem comum.

No entanto, o enfoque desta dissertação não é a abordagem detalhada do microssistema coletivo, mas apenas a indicação acerca da atuação da Defensoria, como função institucional de defesa dos vulneráveis.

Mazzilli (2012, p. 322) constata que mesmo com a afirmação legal expressa (lei n. 11.448/07) da legitimidade ativa da Defensoria Pública ajuizamento da ação civil pública, já havia previsão legal no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 82, III⁴⁵. Fensterseifer (2015, p. 85), por outro lado, também

⁴⁵Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: [...] III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica,

menção a existência de fundamento jurídico-legal antes mesmo da previsão legal expressa, mas com fundamento na própria lei de ação civil pública⁴⁶, em razão da Defensoria figurar como entidade pública e, até 2004 (para Defensorias Estaduais) e 2013 (Defensorias da União e do Distrito Federal), não possuírem autonomia funcional e administrativa.

Mesmo com a edição da lei n. 11.448/07 – com previsão expressa para atuação da Defensoria Pública em ação civil pública – o CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade no STF para questionar a legitimidade da atuação da Defensoria Pública, sendo improcedente seu pleito⁴⁷.

O tratamento advindo com a lei n. 11.448/07 foi mais genérico, no sentido de apenas prever a legitimidade da Defensoria no rol dos legitimados ativos da Lei de Ação Civil Pública (lei n. 7.347/95). No entanto, em 2009, com a lei

especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; [...]

⁴⁶ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; [...]

⁴⁷ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015)

complementar federal n. 132/09, há alteração na lei orgânica da Defensoria Pública (lei complementar federal n. 80/94) para também prever a legitimidade institucional nos seguintes termos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

A alteração na lei orgânica da Defensoria Pública redesenha a instituição em um novo regime jurídico, oxigenando o sistema de justiça, ao favorecer a democratização e ampliar o feixe de entrada das demandas individuais e dos grupos necessitados e, no que tange às ações coletivas, exige a pertinência temática para atuação para que haja compatibilidade com os propósitos institucionais (FENSTERSEIFER, 2015, p.92-94).

Por isso que, com este roteiro legal indicado até aqui, a emenda constitucional n.80/94 destaca-se como importante suporte normativo e reforça a identidade constitucional da Defensoria Pública para atuação em sede de tutela coletiva com a utilização dos instrumentos necessários (FENSTERSEIFER, 2015, p. 101-102).

Para Araújo (2015, p. 529-530), a legitimidade da Defensoria é para propositura de ações coletivas para garantia de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, dispensando-se a verificação da hipossuficiência da maioria dos beneficiados. Isso decorre pelo fato de a Constituição de 1988 tratar a Defensoria como instituição responsável pela supressão da hipossuficiência organizacional, destinada efetivação dos direitos fundamentais e transformação social com valorização da pessoa humana.

Nesta perspectiva, não há como pensar ou parametrizar a atuação institucional da Defensoria Pública sob uma ótica exclusiva econômica e financeira, mas sim sobre um olhar mais amplo de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade como condição que restringe o exercício dos direitos não se apresenta apenas com um viés de hipossuficiência econômica ou financeira, pois indica situação social ou organizacional que dificulta o acesso à justiça. Neste sentido, tem-se o conceito trazido pelas “100 regras de Brasília”, aprovadas, em 2008, na XIV Conferência Judicial Ibero Americana:

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.

A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico (CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 2008, p. 5).

Por outro lado, a FUNAI já veiculou situações agravantes em que destaca a situação de vulnerabilidade física e sociocultural em que se encontra os povos indígenas, além de elementos exclusivamente econômicos, tais como:

- a ausência de ações diferenciadas e específicas de atenção à saúde e prevenção de doenças infectocontagiosas;
- a introdução de sistemas educacionais que não estão embasados em modelos

metodológicos diferenciados e específicos, ou seja, que não atendem a uma relação de reconhecimento de outras formas de alteridade;

- a presença de missionários que desenvolvem o proselitismo religioso nas terras indígenas;
- a introdução de dinâmicas de uma economia de mercado e de consumo sem um processo de escuta aos povos indígenas quanto às expectativas e perspectivas dessas novas relações ou um acompanhamento que busque a valorização de suas próprias formas de organização socioeconômica. (Vide : <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoas/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato?start=1>).

Sobre povos indígenas e a condições de vulnerabilidade, a Conferência estabelece a nova regra:

As pessoas integrantes das comunidades indígenas podem encontrar-se em condição de vulnerabilidade quando exercitam os seus direitos perante o sistema de justiça estatal. Promover-se-ão as condições destinadas a possibilitar que as pessoas e os povos indígenas possam exercer com plenitude tais direitos perante o dito sistema de justiça, sem discriminação alguma que possa ser fundada na sua origem ou identidade indígenas. Os poderes judiciais assegurarão que o tratamento que recebem por parte dos órgãos da administração de justiça estatal seja respeitoso com a sua dignidade, língua e tradições culturais.

Tudo isso sem prejuízo do disposto na Regra 48 sobre as formas de resolução de conflitos próprios dos povos indígenas, propiciando a sua harmonização com o sistema de administração de justiça estatal (CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 2008, p. 6).

Já no que tange às resoluções dos conflitos, as Regras de Brasília sobre acesso à justiça, destacaram as seguintes peculiaridades em questões indígenas (Regra 48 e 49):

(48) Com fundamento nos instrumentos internacionais na matéria, é conveniente estimular as formas próprias de justiça na resolução de conflitos surgidos no âmbito da comunidade indígena, assim como propiciar a harmonização dos sistemas de administração de justiça estatal e indígena baseada no princípio de respeito mútuo e de conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

(49) Além disso serão de aplicação as restantes medidas previstas nestas Regras nos casos de resolução de conflitos fora da comunidade indígena por parte do sistema de administração de justiça estatal, onde é conveniente abordar os temas relativos à peritagem cultural e ao direito a expressar-se no próprio idioma (CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 2008, p. 14).

Até o momento, dedicou-se à análise da educação em direitos e da tutela coletiva como funções institucionais da Defensoria Pública. No entanto, passa-se a analisar a atuação institucional perante o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, com enfoque no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

A emenda constitucional n. 80/14 alterou o texto constitucional incumbindo a Defensoria Pública de promover os direitos humanos, sendo que na lei orgânica da instituição, por alteração legislativa em 2009 da lei complementar n. 132, já contava com a previsão de representação juntos aos sistemas internacionais: “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...]VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; [...]”.

No entanto, desde a Constituição de 1988 já existia preocupação especial com o respeito e proteção dos direitos humanos, na qual a soberania estatal fosse redimensionada face

à garantia dos destes direitos inserida no sistema internacional de proteção.

Enfatize-se que a Constituição brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática no país, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, exige uma nova interpretação de princípios tradicionais como a soberania nacional e a não-intervenção, impondo a flexibilização e relativização desses valores. Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se consequentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, para a Carta de 1988, surgem como tema global (PIOVESAN, 1996).

Ramos (2012, p. 25) registra, como marco histórico do Direito Internacional dos Direitos Humanos e como passo decisivo para internacionalização destes direitos, a edição da Carta de São Francisco que, em 1945, cria a Organização das Nações Unidas, já que antes, apesar de haver outros antecedentes importantes (ex.: proteção dos trabalhadores com a criação da OIT em 1919), eram institutos fragmentados destinados a temas específicos.

Assim é que, neste contexto constitucional e internacional, a atuação jurídica das não é mais adstrita no âmbito interno dos Estados, notadamente quando estes representam violações aos direitos humanos. E este é o papel das Defensorias Públicas: de acionar o sistema internacional quando o Estado é omissor e/ou violador na consagração dos direitos humanos. Daí, seu desenvolvimento no âmbito interamericano de proteção:

É evidente que houve uma evolução legislativa e jurisprudencial responsável por consagrar a instituição da Defensoria Pública no âmbito do sistema interamericano, surgindo, inclusive, a figura do DPI. Na verdade, sob um olhar objetivo, reconhecer o espaço dado ao DPI no sistema é reconhecer o sistema de justiça em si. Ou seja, é reconhecer que a parte necessita de assistência judicial para demandar em juízo e que, caso ela não possua condição financeira para arcar com as custas de um advogado particular, o Estado deve arcar com este ônus. (OLIVEIRA, 2015, p. 215).

No âmbito da Corte IDH⁴⁸ e também da CIDH⁴⁹, cujo funcionamento já foi mais detalhado no capítulo anterior, há previsão para atuação de Defensor Público Interamericano em favor das supostas vítimas, afastando-se assim o obstáculo econômico para contratação de advogado para aquelas pessoas que necessitam de assistência jurídica gratuita.

A CIDH já atuou, originariamente, em favor das supostas vítimas, mas atualmente possui um papel mais fiscalizatório em

⁴⁸ Os casos com a atuação de defensor público interamericano no âmbito da CIDH encontram-se relacionados no site da AIDEF, quais sejam: Caso Johan Alexis Ortiz Hernández vs. Venezuela, Caso Sebastián Claus Furlan y familiares vs. Argentina, Caso Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolívia, Caso Hugo Oscar Argüelles y otros vs. Argentina, Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú, Caso José Agapito Ruano Torres y familia vs. El Salvador Agustín Bladimiro Zegarra Marín vs. Perú Manfred Amhrein y otros vs. Costa Rica e Caso Luis Williams Pollo Rivera vs. Perú. Disponível em: http://aidef.org/?page_id=103. Acesso em 13 jan. 2017.

⁴⁹ Os casos com a atuação de defensor público interamericano no âmbito da CIDH encontram-se relacionados no site da AIDEF, quais sejam: Caso Esteban Juan Martínez Pérez (Petición n°1064/98; Informe de Admisibilidad 75/10), Caso Zaida Hernández y Edgar Ortiz Ruiz (Petición n° 12.270; Informe de Admisibilidad 22/05), Caso Fernando Rodríguez González (Petición n° 980-04; Informe de Admisibilidad 73/10), Caso Blas Valencia Campos y otros (Petición n° 40-03; Informe de Admisibilidad 84/08), Caso Gerson Milusk de Carvalho (Petición n° 133/03) e Caso Gerardo Cruz Pacheco (Informe de Admisibilidad n° 49/13). Disponível em: http://aidef.org/?page_id=93. Acesso em 13 jan. 2017.

prol do interesse público interamericano, com objetivo de favorecer nos casos concretos a promoção e proteção dos direitos humanos (LEITE, 2014, p. 574). Neste sentido, dispõe o regulamento da Corte sobre a figura do Defensor Interamericano.

Artigo 2. Definições

Para os efeitos deste Regulamento: [...] a expressão “Defensor Interamericano” significa a pessoa que a Corte designe para assumir a representação legal de uma suposta vítima que não tenha designado um defensor por si mesma; [...]

Artigo 37. Defensor Interamericano Em casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o Tribunal poderá designar um Defensor Interamericano de ofício que as represente durante a tramitação do caso.

Artigo 39. Notificação do caso

1. O Secretário notificará a apresentação do caso a: [...] d. a suposta vítima, seus representantes ou o Defensor Interamericano, se for o caso. [...]

A AIDEF, Associação Interamericana de Defensorias Públicas, representa diversas Defensorias Públicas e Associações de Defensores e designa os Defensores para atuação por meio de mandato⁵⁰:

La Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) es una asociación de defensorías públicas entre cuyos objetivos principales se encuentra el defender la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos, establecer un sistema permanente de coordinación y cooperación interinstitucional

⁵⁰ Atualmente, para o mandato de 2016/2019, o Brasil conta com o seguintes Defensores Públicos Interamericanos: Isabel Penido de Campos Machado (Defensoria Pública da União) e **Rivana** Barreto Ricarte de Oliveira (Defensoria Pública do Acre).

de las Defensorías Públicas y de las Asociaciones de Defensores Públicos de las Américas y el Caribe, propender a la independencia y autonomía funcional de las Defensorías Públicas para asegurar el pleno ejercicio del derecho a la defensa de las personas. La Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) fue creada el 18 de octubre de 2003 en la ciudad de Río de Janeiro (República Federativa del Brasil), en ocasión de celebrarse el " II Congreso Interamericano de Defensorías Públicas ". Participaron de la firma del acta constitutiva los países siguientes: Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Con posterioridad se han incorporado los siguientes países: Bahamas, Bolivia, Estados Unidos, Guatemala, Jamaica, Panamá, Perú y Trinidad y Tobago. Disponível em: < http://aidef.org/?page_id=48 > Acesso em: 17 jan. 2017.

Por outro lado, é importante esclarecer que CIDH e a CORTE IDH, por não se tratar de um sistema penal internacional, não apuram denúncias em face de pessoas físicas com intuito de verificar a responsabilidade delas como tal, ou seja, individualmente, mas apenas com fulcro a verificar e a definir a responsabilidade do Estado, que atua, violando direitos humanos, de forma omissiva ou comissiva, por meio de suas instituições, órgãos e servidores (LEITE, 2014, p. 570)

O fundamento de atuação da Defensoria no sistema interamericano decorre da própria lógica em que se encontram as atividades práticas da instituição, que diariamente tem contato com as pessoas que se encontram em situação de violência de seus direitos.

Tradicionalmente, é essa população a que sofre as maiores violações de direitos humanos. É essa população, infelizmente majoritária no Brasil, que jamais teve

assegurados, entre outros, seus direitos humanos à educação e saúdes públicas de qualidade, a que também sofre violações constantes por parte do aparato de segurança pública do Estado. São cotidianos e geograficamente dispersos pelo Brasil inteiro os relatos de agressões e ofensas em meras revistas pessoais; torturas a pessoas presas em flagrante e investigadas pela Polícia; de execuções sumárias; de maus tratos e torturas no sistema carcerário; de crianças e adolescentes que não encontram vagas em creches e escolas próximas de suas residências; de milhares de pessoas que sequer têm residência digna; de milhões de pessoas com dificuldade para acessar o tratamento médico de que necessitam; de pessoas negras, indígenas, quilombolas vítimas de discriminação e preconceito (LEITE, 2014, p. 577).

Desta forma, tem-se que a atuação da Defensoria decorre de previsão constitucional e legal e, em matéria de Direitos Humanos, nota-se duas possíveis forma de atuação: 1) decorrente da verificação das ações e das omissões do Estado, com representação, junto ao sistema interamericano e, também, 2) a atuação prevista por convenção entre a AIDEF e a Corte IDH para assistência jurídica gratuita.

Oliveira (2015, p. 216) alerta que o Brasil se encontra em uma fase dúplice, pois se de um lado possui respaldo jurídico internamente (lei complementar) e internacionalmente (resolução da OEA e convênios), por outro não se adequou administrativamente para prestar um serviço de qualidade, diferentemente da expertise dos defensores argentinos.

O número de casos levado ao sistema contra o Brasil é relativamente baixo. Este reduzido número não ocorre em virtude da inexistência de violação aos direitos humanos por parte do Estado brasileiro, mas sim ante a dificuldade de acessar o sistema. O que se vê hoje, primordialmente, são demandas sendo levadas por ONGs. Estas organizações, por

sua vez, padecem de alguns problemas atrelados a representatividade e financiamento. Isto é, aquilo que é levado ao sistema diz respeito ao interesse de um grupo particular que está sendo financiado. Por vezes, pode existir uma violação grave que não receberá atenção simplesmente porque a organização não recebeu financiamento de parceiros interessados na causa (OLIVEIRA, 2015, p. 216-217).

Oliveira (2015, p.216-217) destaca ainda que qualquer Defensor Público brasileiro pode demandar perante a CIDH e a Corte IDH, mas aponta a necessidade uma atuação estratégica em face de uma atuação atomizada, que é mais enfraquecida, e alerta que não basta simplesmente a previsão de participação do Defensor Público como Defensor Público Interamericano (DPI) no âmbito do sistema regional interamericano (CORTE IDH e CIDH), pois se faz necessário uma atuação sistematizada e propõe três frentes de atuação:

(i) no encaminhamento de demandas que revelem as indistintas violações aos direitos humanos existentes; (ii) no acompanhamento e desenvolvimento destas demandas; (iii) na divulgação das recomendações e decisões produzidas contra o país e no monitoramento do cumprimento daquilo que foi determinado (OLIVEIRA, 2015, p. 217).

Como há previsão legal específica sobre atuação interna na defesa dos direitos humanos no âmbito do sistema internacional de proteção, já uma abertura para que qualquer defensor possa atuar. O problema não é tanto a abertura, mas sim a falta de atuação e também a ausência de estratégia institucional. Neste sentido, sugestões de como internamente o sistema interamericano seria provocado a partir das atuações das Defensorias.

Sob o primeiro e segundo ponto, qual seja universalização do acesso à justiça e desenvolvimento da demanda, propõe-se a ampliação da competência de atuação do DPI

no âmbito interno. Explica-se: tal qual a Argentina centraliza a legitimidade de proposição de demandas na figura do Defensor Público Geral, a ideia aqui levantada é que fosse criado um corpo de defensores públicos (com um representante de cada região do país e um defensor público da união, totalizando o número de seis) responsáveis precipuamente a demandar perante o sistema interamericano, seriam DPIs de atuação nacional. Este corpo de defensores públicos poderia ser escolhidos sob o mesmo critério utilizado para escolha do Defensor Público Interamericano, para mandatos de 2/3 anos, permitida sua recondução. Centralizar-se-ia um escritório na capital federal e todas as demandas, dos diversos estados brasileiros que apresentassem violações aos direitos humanos seriam comunicadas a este corpo de defensores para que eles, conjuntamente, demandassem perante o sistema interamericano. Pode-se pensar, inclusive, que aquele defensor do estado que identificou a violação e contata o corpo de DPIs nacionais atue como colaborador da demanda à nível local, fornecendo todo o auxílio necessário para a melhor formulação da demanda (OLIVEIRA, 2015, p. 217).

Assim, tem-se um arcabouço de funções institucionais, com respaldo prático-jurídico, internacional, constitucional e legal, que devem ser perseguidas na implementação e efetivação dos direitos dos povos indígenas, mas respeitando a autonomia, a organização, os usos e os costumes destes povos.

Mas o destaque é, sem dúvida, para as funções de educação em direito, a tutela coletiva e a atuação junto ao sistema interamericano que, a partir do multiculturalismo emancipatório, poderão ensejar numa atuação cada vez menos legalista e tradicional com vista a emancipação por meio da atuação jurídica e com maior potencial de alcance em relação às outras funções.

Há de registrar, no entanto, que não é possível que o acesso à justiça se restrinja a um único instituto ou mesmo a uma única

instituição, embora representem importantes mecanismos de garantias e apresentem em si qualidades que permitam a implementação efetiva dos direitos.

A Defensoria Pública insere-se no sistema de justiça também como uma via de entrada ao Poder Judiciário ou à judicialização dos conflitos. Contudo, não é apenas a única forma de atuação nem mesmo deve ser considerada a principal ou com alguma prioridade em detrimento das outras funções institucionais. Se assim fosse considerada, a instituição seria mero paliativo à judicialização dos conflitos e aos problemas do Poder Judiciário (como, por exemplo, a morosidade).

Por outro lado, como instituição responsável pela promoção dos direitos humanos e pela defesa e garantia do direito das pessoas em situação de vulnerabilidade é que se deve pautar por expor as contradições das decisões judiciais e também as omissões estatais em face dos direitos indígena, provocando, quando for o caso, o sistema internacional de proteção de direitos humanos.

As soluções processuais prontas não permitem o diálogo concreto com as demandas indígenas. O acesso à justiça não pode sequer ser imposto a estas comunidades, que têm sempre como vetor o direito de consulta e consentimento diante das políticas públicas e, neste caso, da assistência jurídica gratuita.

À disposição da estrutura institucional, deve-se recorrer às audiências públicas, às visitas *in loco*, à implementação de núcleo especializado sobre a matéria, à atuação conjunta com outras instituições (por exemplo, Ministério Público, AGU, FUNAI etc.) dentre outras formas que se apresentem necessárias com o decorrer da atuação e, principalmente, com a oitiva, consulta e consentimento destes povos.

Por isso, a importância de a instituição estar presente à comunidade no sentido de se reconhecer as reais demandas indígenas e traçar uma atuação estratégica para defesa destes direitos, em especial coletiva e no sistema interamericano de direitos humanos, sempre observado a organização, normas e costumes internos e os direitos previstos nos instrumentos jurídicos internacionais.

CONCLUSÃO

Ao iniciar a dissertação, delineou-se as principais abordagens e concepções sobre o acesso à justiça, numa clara indicação de se afastar de uma noção restritiva, que limita este acesso ao Poder Judiciário ou a um processo judicial, com uma finalidade lastreada apenas na igualdade formal entre as partes processuais.

A concepção liberal de acesso à justiça apresentada consubstanciou-se no Documento 319 do Banco Mundial, o qual concebeu a justiça institucional e seu acesso sob um viés mercadológico e econômico, no qual o sistema de justiça opera como elemento que deve primordialmente facilitar as relações comerciais e de mercado.

A abordagem do acesso à justiça contida na obra de Cappelletti e Garth, inserida no Projeto Florença, indicou os obstáculos de acesso à justiça, que vão desde a dificuldade econômica para contratação de profissional à inexistência de instrumentos jurídicos que respaldam a tutela coletiva, e como soluções as ondas renovatórias, mas ainda muito centralizada numa ótica processual de resolução de conflitos.

No mesmo sentido, demonstrando obstáculos de acesso à justiça (econômico, social e cultural), trabalhou-se com a proposta apresentada pela Sociologia dos Tribunais, a qual situa o acesso à justiça dentre os principais grupos temáticos objetos de seus estudos.

O conceito tradicional e processualista de acesso à justiça também foi abordado, bem com as possíveis contradições e diversidade de resultados de sua implementação, em razão de uma perspectiva acrítica e como uma resposta estrutural e funcional que se insere na mesma ótica do problema e o reproduz.

No que se refere ao multiculturalismo emancipatório, discorreu-se sobre as cinco teses propostas por Boaventura de Souza Santos e João Arriscado Nunes, com base em práticas vivenciadas, em que se visou apresentar escalas de lutas em face da dominação.

Dentre as teses, ressaltou-se que não há como recorrer a elementos exclusivos do ordenamento positivo ocidental para garantia do acesso à justiça, devendo-se se abrir para as diferentes formas de ver e viver o mundo, e, portanto, de

recepcionar as soluções jurídicas construídas internamente numa comunidade.

Destacou-se também o papel das identidades coletivas, mesmo em contextos de lutas diferentes e demanda soluções de justiça igualmente diversas, para fortalecer a resistência em face da opressão. Neste particular, a Defensoria, responsável por ser uma das portas de diversas demandas com diferentes grupos vulneráveis, deve-se atentar para uma articulação possível entre os grupos, sem perder de vista vulnerabilidade de cada demanda. Em exemplo, apontou-se que a discussão em torno do nome e da certidão de nascimento de um morador de rua não se identifica necessariamente com a demanda do nome indígena nas certidões.

O diálogo também foi apontado como elemento importante na ampliação da reciprocidade, ao que se sugeriu realizações de audiência públicas e visitas *in loco*, com diferentes comunidades e com consentimento, para viabilizar uma leitura das demandas e estabelecer estratégias para ampliação do acesso à justiça e definição de prioridades.

No segundo capítulo, a primeira ressalva apresentada foi no sentido de se distinguir o direito interno dos povos indígenas com o direito positivado, até mesmo para se delimitar o alcance desta dissertação. No entanto, constatou-se que não se pode pensar em acesso à justiça sem observância das normas e organização interna destas comunidades e como eixo para composição dos conflitos.

Os direitos positivados foram analisados desde o período colonial, inclusive apontou-se a relação dos povos indígenas com a justiça daquela época. A legislação do período imperial também foi analisada, juntamente com todas as Constituições que se seguiram, destacando-se o declínio da política integracionista e assimilacionista.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988 e com o fim das políticas assimilacionistas e integracionistas, os direitos indígenas passaram a ter novas perspectivas e abordagem, exigindo-se uma atuação de diversos atores, inclusive institucionais, que garantam a efetividade destes direitos.

Conquanto a alteração constitucional tenha sido relevante, no decorrer da dissertação notou-se que o comportamento de violência aos povos indígenas ainda é permanente, resultando em conflitos entre o Estado com as comunidades indígenas bem como

destas com os particulares, tornando-se um campo de vulnerabilidade política, em que diversos interesses colocam em riscos os direitos fundamentais consagrados.

No âmbito internacional, as principais normativas apresentadas foram a Convenção n. 107 e 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e se discorreu brevemente sobre o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e os tratados/convenções que lhe sustentam.

Os riscos em que se encontram os povos indígenas atualmente no Brasil foram analisados a partir do relatório de autoria de Victoria Tauli-Corpuz da ONU, alertando-se sobre os retrocessos vivenciado nos últimos anos, especialmente com a questão da demarcação das terras indígenas e também com assassinatos das lideranças indígenas.

No relatório, apresentou-se a violência histórica aos povos indígenas a partir da omissão do Estado e como estes povos percebem atualmente esta postura do Estado, isto é, como uma ausência de vontade de garantia dos direitos e de preocupação efetiva com as demandas indígenas.

Dentro das estruturas de poderes do Estados, apontou-se as principais movimentações jurídicas que podem representar ou representam violação aos direitos dos povos indígenas. Do Judiciário, registrou-se o julgamento do caso Raposa Serra do Sol e as condicionantes estabelecidas que afrontam os direitos garantidos pela Convenção n. 169 na OIT e a tentativa fracassada da Confederação Nacional em limitar os direitos territoriais indígenas por meio de proposta de súmula vinculante no STF.

No âmbito do Poder Executivo, citou-se a Portaria n. 303/12 da AGU que, mesmo sem o julgamento do caráter vinculante das condicionantes pelo STF, estabeleceu o alcance destas a todos os órgãos da Administração Pública Federal direta e indireta.

A aprovação da lei n. 13.123 de 2015, nova lei brasileira que trata do uso ao patrimônio genético da biodiversidade e conhecimentos tradicionais, também foi criticada por não observar as garantias de consulta e participação na OIT. No âmbito legislativo, indicou-se a tentativa de o Congresso Nacional rever as demarcações indígenas, além de tornar de sua competência exclusiva a aprovação das demarcações das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, numa nítida politização da implementação dos direitos indígenas no espaço

em que as decisões majoritárias prevalecem sem o contrapeso da garantia dos direitos fundamentais e direito das minorias.

No terceiro capítulo, apresentou-se os modelos de assistência judiciária, destacando o cunho caritativo da advocacia *pro bono*, modelo inaugural e ainda presente atualmente, e detalhando três principais modelos: 1) Sistema *Judicare*, 2) advogado remunerado pelos cofres públicos ou *salaried staff model* e 3) modelos combinados.

O modelo constitucional que se adotou no Brasil é o de Defensoria Pública, que se assemelha mais ao sistema *salaried staff model*, mas conta com suas peculiaridades, especialmente com a redefinição das funções institucionais a partir de 1988. Demonstrou-se, contudo, que a situação fática ainda conta com o modelo *judicare*, em razão de a Defensoria Pública não se encontrar presente em todas as Comarcas, também inserida no campo da politização da implementação da instituição, entre a ação/omissão do executivo e os interesses de outras classes profissionais.

Neste último capítulo, registrou-se que a Defensoria Pública, instituição constitucionalizada no Brasil no final do século XX, inspirou-se na igualdade e no Estado de Direito, e ganhou novo perfil com a Constituição de 1988, com a Emenda Constitucional 45/04 e 80/14, com a Lei Complementar 80/14 e 132/09 e outros instrumentos normativos. Além de ser instituição essencial à justiça, foi destacada constitucionalmente como expressão e instrumento do regime democrático de direito e como responsável pela promoção dos direitos humanos.

Neste roteiro, de redefinição das funções institucionais da Defensoria, em que se analisou uma atuação inicial apenas em razão de uma ótica econômica para alcançar uma atuação em favor daquelas pessoas ou grupos vulneráveis, é que se evidenciou a possibilidade de defesa das comunidades indígenas, com fundamento também no dever constitucional e legal de promover os direitos humanos.

A tutela coletiva, a educação em direitos e a atuação no sistema interamericano foram apresentadas como funções de destaques para um alcance na implementação dos direitos indígenas, em razão da análise de riscos destes direitos, por ação e/ou omissão do próprio estado brasileiro. No entanto, consignou-se que qualquer uma das funções pode ser utilizada na defesa destes direitos.

Registrou-se não ser possível a restrição do acesso à justiça a um único instituto ou mesmo a uma única instituição, embora representem importantes mecanismos de garantias e apresentem em si qualidades que permitam a implementação efetiva dos direitos.

Concluiu-se, finalmente, pela possibilidade de atuação da Defensoria na defesa dos direitos dos povos indígenas, mas pontuou-se que a atuação jamais poderá ser impositiva, em dissonância com a organização, normas e costumes internos e os direitos previstos nos instrumentos jurídicos internacionais.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 280 p.
- ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. 312 p.
- ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago; ALBUQUERQUE FILHO, Armando do Lago; RODRIGUES, Saulo Tarso. **Educação jurídica indígena**. Curitiba: Juruá, 2016. 154 p.
- ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal. Ordenações Filipinas**. Volume Terceiro. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. 775 p. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 15 jan. 2017.
- ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça**. 2005. 606 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=8069@1>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- ARAÚJO, José Aurélio. O litígio coletivo dos artigos 554 e 565 do novo CPC e a natureza da atuação da Defensoria Pública. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (Org.). **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodium, 2015. Cap. 1. p. 23-38.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BASSIL, Sonia Boueiri. *El acceso a la justicia en latinoamérica desde las perspectivas democracia, desarrollo, liberación*. In: BASSIL, Sonia Boueiri (Org.). **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos**. Madrid: Dykinson - Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2010. Cap. 7. p. 173-194.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaompilado.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados**

Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. **Lei complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**.

Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, 13 jan. 1994.

Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834**.

Faz algumas alterações e addições á Constituição Política do Imperio, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Rio de Janeiro, 12 ago. 1834. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834**. Faz algumas

alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967**.

Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do índio” e dá outras providências. Brasília, 5 dez. 1967. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**.

Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, 19 dez. 1973.

Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Estudo diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pet. n.3388 (Embargos Declaratórios)**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 23 de outubro de 2013. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pet. n.3388**. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF. Julgado em 19 de março de 2009. Disponível em: www.stf.jus.br.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à justiça e cidadania**. 2.ed. Chapecó: Argos, 2006. 227.p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. Fendas democratizantes: Mecanismos de participação popular na Defensoria Pública e o equacionamento da luta social por oportunidade de acesso à justiça. In: Aluisio Lunes Monti Ruggeri Ré. (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. 1 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2013, v. 1, p. 19-33.

CASARA, Rubens Roberto Casara. Poder Judiciário: tradição e opressão. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 206-211, jan – fev. 2015. Disponível em < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_206.pdf> Acesso em: 12 dez. 2016.

CHIARETTI, Daniel. Breve histórico da assistência jurídica e o atual papel da Defensoria Pública da União. In: **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Volume 2. Ed. Juspodivm, 2014.

CIDH, **Relatório n. 44/15, Caso 12.728**. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015. Disponível: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>. Acesso em 5 jan. 2017.

COGOY, Daniel Mourgues. Assistência jurídica e judiciária no Brasil: legitimação, eficácia e desafios do modelo brasileiro. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 5, p.140-164, out. 2012. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo06_-_daniel_mourgues_cogoy.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

COLAÇO, Thais Luzia. “**Incapacidade indígena**”: tutela religiosa e violação guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos *et al.* (Coord.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-123.

_____; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina**: o direito e o pensamento decolonial. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. 224 p. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99625/V-D-Novas-Perspectivas-FINAL-02-08-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 maio 2016.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. **Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. Brasília, 2008. Disponível em: < <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB. Belo Horizonte, 23 a 27 de setembro de 1990, 13. 1990, Belo Horizonte. **O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época**. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1991. 1022 p.

CONSOLO, Analía. *El acceso a la justicia: Una mirada desde la descentralización*. In: SALANUEVA, Olga; GONZÁLEZ, Manuela (Comp.). **Los pobres y el acceso a la justicia**. La Plata: Editorial Universidad Nacional de La Plata, 2011. p. 179-197.

Disponível em:

<http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27594/Documento_completo____.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 dez. 2016.

CORTE IDH. **Caso “Norín Catrimán e outros”**. Data do julgamento: 29 de maio de 2014. Disponível em tradução portuguesa:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf>. Acesso em 9 jan. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2011. 1296 p.

CUNHA, Manuela Carneiro da. O futuro da questão indígena. **Estud. av.**, São Paulo, v. 8, n. 20, p. 121-136, Apr. 1994. Available from

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000100016&lng=en&nrm=iso>. Access on 04 Jan. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141994000100016>.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: História, Direitos e Cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2013. 160 p.

DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma**. Washington D.C.: Banco Mundial, 1997. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. In: Conselho Missionário Indigenista (Org.). **Conflitos de direitos sobre as Terras Guarani-Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul**. São Paulo: Palas Athena, 2000.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensora pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos**

fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: Juspodium, 2015.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 98, p. 257-293, 2008.

GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIFFONI, Johny Fernandes. A Defensoria Pública e a defesa dos direitos das populações indígenas. In: BURGER, Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio Sales Pereira. **Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia**. Brasília: Anadep, 2015. p. 94-149. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Assistência jurídica pública: Direitos Humanos e Políticas Sociais** 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2016. 144 p.

GONÇALVES, Rogério de Melo. Do assistencialismo à assistência jurídica integral na Constituição Federal de 1988: breves notas históricas e recomendações. In: Bruno Dantas; Eliane Cruxên; Fernando Santos; Gustavo Ponce de Leon Lago. (Org.) **Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois**. A Consolidação das Instituições. Volume III. 1ed.Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: <
<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-do-assistencialismo-a-assistencia-juridica-integral-na-constituicao-federal-de-1988-breves-notas-historicas-e-recomendacoes>>
Acesso em 17 jan. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, ano 4 - n. 2, 2011. Disponível em: <
<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/RevistaDefensoria.pdf> > Acesso em 29 dez. 2016.

HEINTZE, Hans-Joachim. Direitos humanos coletivos: Direitos dos povos indígenas. In: PETERKE, Sven (Org.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. p. 300-324. Disponível em: <
http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

HELLER, Agnes. As várias faces do multiculturalismo. **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, v. 14, p.13-37, jan. 2005. Trimestral. Tradução: Marcos Aydo. Disponível em: <
<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/as-varias-faces-do-multiculturalismo>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p.389-402, 1996. Quadrimestral. Disponível em: <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/164>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

KAINGANG, Rosane Mattos. Constituição e resistência do movimento indígena frente às práticas autoritárias do Estado brasileiro. **Revista InSURgência**, Brasília, v.1, n. 2, julho-dezembro de 2015, p. 19-34. Entrevista concedida a Erika Macedo Moreira. Disponível em: <
<http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/20042>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução:

Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

KEPPI, Jandira. **A ratificação da convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil**. 2001. Disponível em: < <http://comin.org.br/static/arquivos-publicacao/ratificacao-1207011668.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2017. Ensaio apresentado no curso de atualização Sobre Direitos Humanos e Direitos dos Cidadãos da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais-Curso à distância.

LAURIS, Élida. Aprender com o Sul: Antinomias do fortalecimento das defensorias públicas no Brasil. In: RÉ, Aluísio Lunes Monti Ruggeri et al (Org.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Juspodium, 2014. p. 23-55.

_____. Para um concepção pós-colonial de acesso à justiça. **Hendu: Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, Belém, v. 1, p.5-25, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.) **História dos índios no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 2. Ed. Salvador: Editora Juspodium, 2011.

MACEDO, Marcuso Vinicius Aguiar. **Vida e morte na Amazônia indígena: as invasões madeireiras e os povos Ashaninka**. Rio Branco: Edufac, 2009. 320 p.

MAGGA, Ole Henrik. Povos indígenas e desenvolvimento. In Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2004**. Queluz: Mensagem, 2004. Disponível em <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2004-portuguese.pdf>. Acesso em 07 jan. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 512 p.

MARIN, Eriberto Francisco Bevilacqua; SANTOS, Nivaldo dos. O ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiás, v. 25, n. 1, p.13-23, 2001. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12020/7971>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1104 p.

MEDEIROS, Isabela. **Assistência jurídica gratuita**: cidadania e emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MEIRELES, Gustavo Fernandes. **Trabalho, comércio e dignidade no direito internacional contemporâneo**: desafios e perspectivas para a atuação da OIT e da OMC. Curitiba: Juruá, 2016. 382 p.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas. **Revista CEJ**, Brasília, n. 21, p.79-86, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/551/731>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; BARRETO, Susana Cadore Nunes. A gratuidade da justiça e a assistência jurídica gratuita no novo código de processo civil. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (Org.). **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodium, 2015. Cap. 1. p. 23-38.

MENEZES, Felipe Caldas. A reforma da lei orgânica nacional da Defensoria Pública: disposições gerais e específicas relativas à organização da Defensoria Pública da União. In: SOUSA, José

Augusto Garcia de. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 135-168.

MINATEL, Gustavo Rodrigues; FONSECA, Janaína Régis. Defensoria Pública e tutela coletiva - Quando a prática confirma a opção política pela legitimação coletiva. In: CONPEDI. (Org.). **Acesso à justiça** I. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 278-292. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f3dafd630cc5868>. Acesso em 15 jan. 2017.

MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PAIXÃO, Liziane de Oliveira. Possibilidade de acionar o sistema de acompanhamento da convenção 169 da OIT. In: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (Org.). **A “nova” lei n.º 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade:** entre retrocessos e violações de direitos socioambientais. São Paulo: Inst. O Direito Por Um Planeta Verde, 2017. 280 p. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170110102344_2667.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra:** índios e bandeirantes nas origens de São Paulo. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. 312 p.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. **Princípios institucionais da Defensoria Pública:** Lei Complementar 80, de 12.1.994 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 210 p.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Visão geral da lei n.º 13.123/15. IN: MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; PORRO, Noemi Miyasaka; SILVA, Liana Amin Lima da (Org.). **A “nova” lei n.º 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade:** entre retrocessos e violações de direitos socioambientais. São Paulo: Inst. O Direito Por Um Planeta Verde, 2017. 280 p. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170110102344_2667.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no ordenamento brasileiro de nosso

tempo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n.55, ano VI, p. 61-76, Julho/1992. Disponível em:
http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/57be4/57c27/57dd8?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS55PG60 >. Acesso em: 16 jan. 2017.

MOURA, Tatiane Whately (et al.). **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Edição dos Autores, 2013.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. "**Anna Pata, Anna Yan: Nossa Terra, Nossa Mãe**": a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito). Fortaleza: Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Ceará, UFC. Fortaleza, 2011.

OIT. **Convenção sobre a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes** (n. 107), 1957.

_____. **Convenção sobre povos indígenas e tribais em países independentes** (n.169), 1989.

OLIVEIRA, Rivana Barreto Ricarte de. O papel da Defensoria Pública perante os mecanismos judiciais e políticos de supervisão e controle de obrigações internacionais de direitos humanos. In: **XII Congresso Nacional de Defensores Públicos**, 2015, Curitiba. Teses e práticas exitosas: Defensoria como metagarantia: transformando promessas constitucionais em efetividade, 2015. p. 209-219.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais**, 2007.

_____. **Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on her mission to Brazil**. Genebra, 2016. 24 p. Disponível em: <
<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

PÉREZ LUÑO, António Enrique. ***Dimensiones de la igualdad***. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.

PEREZ, Miriam Azevedo Hernandez. O direito à indenização das populações indígenas. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 11, n. 41, p.182-190, jan. 2006.

PIOVESAN, Flavia. O Direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 45/46, Jan/Dez 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>>. Acesso em 25 jan. 2017.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Estado social e Estado mínimo: acesso à justiça do Projeto Florença e do Banco Mundial. In: SCHEIDT, Eduardo; ARAÚJO, Elian; JUAN, Luis Gutierrez San (Org.). **Integração na América Latina: a História, a Economia e o Direito**. Jundiá: Paco Editorial, 2014. Cap. 17. p. 369-408.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RÉ, Aluísio Lunes Monti Ruggeri. A promoção dos direitos humanos no Brasil: o papel da Defensoria Pública. In: BURGER, Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio Sales Pereira. **Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia**. Brasília: Anadep, 2015. p. 14-37. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos. Educação em direitos e Defensoria Pública: reflexões a partir da lei complementar nº 132/09, In: Aluisio Lunes Monti Ruggeri Ré. (Org.). **Temas Aprofundados - Defensoria Pública**. 1 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2013, v. 1, p. 717-744.

RICARDO, Carlos Alberto (Ed.). Povos indígenas no Brasil: 1991-1995. In: RICARDO, Carlos Alberto. **Quem fala em nome dos índios?** São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996. p. 90-91. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/c/iniciativas->

indigenas/organizacoes-indigenas/historia>. Acesso em: 19 ago. 2016.

ROBLES, Diego Américo. *El a acceso a la justicia: aspectos teóricos, implicancias prácticas*. In: SALANUEVA, Olga; GONZÁLEZ, Manuela (Comp.). **Los pobres y el acceso a la justicia**. La Plata: Editorial Universidad Nacional de La Plata, 2011. p. 57-85. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27594/Documento_completo____.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 dez. 2016.

ROSENBLATT, Ana et al. **Manual de mediação para Defensoria Pública**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/fub, 2014. 140 p. Disponível em: <<http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Manual-de-Mediacao-para-a-Defensoria-Publica.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: visão da sociedade. **Revista Justitia**, São Paulo, n. 198, p.271-279, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/baw677.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Volume I. Ed. Juspodivm, 2013.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. 176 p.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. Terras Indígenas e a Súmula 650 do STF. **Boletim dos Procuradores da República (Impresso)**, v. 75, p. 8-10, 2007.

SANTOS, André Luís Nascimento dos. Banco Mundial e agenda de reforma do judiciário latino-americano: uma breve análise do binômio retórica-ação. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, Curitiba, v. 2, n. 10, p.147-170. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/32/22>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Cap. 1. p. 427-461.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Cap. 1. p. 25-68.

_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, n. 21, p.11-44, nov. 1986. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/rccs/index.php?id=296&id_lingua=1>. Acesso em: 25 jul. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 504 p.

SARMENTO, Daniel. **Nota técnica**: A PEC 215/00 e as cláusulas pétreas. Ministério Público Federal: 2013. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/pec-215_nota-tc3a9cnica-mpf.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2017.

SCHNEIDER, Giselda Siqueira da Silva **Política indigenista no Brasil**: direito ao território. São Leopoldo: Casa Leiria, 2016.

SILVA, Holden Macedo da. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Brasília: Fortium, 2007.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da LC n. 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 106, n. 408, p.165-2015, abr. 2010.

_____. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 510 p.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Índios e direito: o jogo duro do Estado. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 51-66, jan. 1988. ISSN 2177-7055. Disponível em:

_____. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. 212 p.

_____. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Cap. 1. p. 71-109.

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16279>>. Acesso em: 06 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/16279>.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito de consumidor: direito material e processual**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2013.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. Tradução de Marta Machado.

VELOZ, Christian Ramos, ABRAMO, Lais. Introdução. In: **Convenção no 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes e resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas e tribais**. 2. ed. Brasília: OIT, 2005

VERDUM, Ricardo. Povos indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: _____. (Org.). **Povos indígenas:**

constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009, p. 91-111.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*. In: SALGADO, Judith (Comp.). **Justicia indígena: aportes para un debate**. Quito: Abya-yala, 2002. p. 23-35.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. 500 anos de assistência judiciária no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 95, p. 241-249, jan. 2000. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67467>>. Acesso em: 16 jan. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v95i0p241-249>.

WEIS, Carlos. A implementação das decisões e recomendações internacionais de direitos humanos em matéria de tortura: atuação da Defensoria Pública. In: Aluisio Lunes Monti Ruggeri Ré. (Org.). **Temas Aprofundados sobre Defensoria Pública**. 1 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2013, v. 1, p. 147-162.

_____. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

_____. **Parecer sobre autonomia funcional, autonomia administrativa e independência funcional no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. DPESP: 2007. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=868&idModulo=4998>, acesso em 15 jan. 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Seqüência: Estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis, v. 27, n. 53, p.113-128, dez. 2006. Publicação do programa de pós-graduação em Direito da UFSC. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15095/13750>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 145-157, June 2010. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100008&lng=en&nrm=iso>. Access on 05 Jan. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100008>.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: **Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 09/2005. 290 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005. p.24/25.